



YPL RESEARCH LIBRARIES
433 07594225 4

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.
Jahrgang 1847.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

F. C. Th. Hepp
in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

A. W. Heffter
in Berlin,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1847.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

F. C. Th. Hepp
in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

A. W. Heffter
in Berlin,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1847.
Erstes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1847.

Inhalt.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1847. Erstes Stück.

I.

Ueber den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens in Europa und Nordamerika, über das Ergebniß der Erfahrungen und über die Forderungen, welche an den Gesetzgeber in Bezug auf die Strafanstalten gestellt werden können.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XIII. Jahrg. 1846. 3tes Stück.)

Unserem Vorsatze treu, den Lesern des Archivs alle Materialien über den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens vorzulegen, um am Schlusse ein gründliches Urtheil über das was Noth thut möglich zu machen, müssen wir vorerst nachträglich zu dem in den vorigen Heften in Bezug auf Nordamerika mitgetheilten Nachrichten die Aufmerksamkeit

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1847. Erstes Stück.

I.

Ueber den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens in Europa und Nordamerika, über das Ergebniß der Erfahrungen und über die Forderungen, welche an den Gesetzgeber in Bezug auf die Strafanstalten gestellt werden können.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XIII. Jahrg. 1846. 3tes Stück.)

Unserem Vorsatze treu, den Lesern des Archivs alle Materialien über den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens vorzulegen, um am Schlusse ein gründliches Urtheil über das was Noth thut möglich zu machen, müssen wir vorerst nachträglich zu dem in den vorigen Heften in Bezug auf Nordamerika mitgetheilten Nachrichten die Aufmerksamkeit

der Leser auf den uns eben zugekommenen zweiten Bericht der Gefängnißgesellschaft von Neu-York [1]) lenken. Einen Auszug aus dem ersten Berichte haben wir bereits früher mitgetheilt. Die neu gebildete Gesellschaft hat als Aufgabe ihres Wirkens den Zustand der in den verschiedenen Gefängnissen bewahrten Gefangenen zu erforschen, auf die Gefängnißverbesserung überhaupt zu wirken, die Statistik der Verbrechen, die Verhältnisse und Einrichtungen der einzelnen Gefängnisse und die Erfahrungen über die verschiedenen Systeme auszumitteln und für das Schicksal der entlassenen Sträflinge Sorge zu tragen, um ihnen ein ehrliches Leben möglich zu machen. Die Geschäfte der Mitglieder der Gesellschaft sind darnach vertheilt. Aus dem Berichte derjenigen, welche die Zahl der Gefangenen auszumitteln hatten, ergiebt sich eine Vermehrung der Zahl der verübten Verbrechen in Neu-York. Die Zahl der auf den Grund von Verdacht wegen verübter Verbrechen in dem Staate Neu-York Verhafteten war noch 1835 1962, sie stieg 1840 auf 9110, und betrug 1844 8008. Die Zahl der in den [2]) Assisen wegen Verbrechen Verurtheilten war 1835 424, sie stieg 1841 auf 763 und war 1844 1149. Wegen summary convictions (einigermaßen mit den Polizeiübertretungen vergleichbar) waren 1840 1204, 1844 2008 eingesperrt. Man erfährt aus dem Berichte (p. 25.), daß man in den Gefängnissen von Neu-York oft Gefangene, deren Strafzeit vorüber ist, zurückhält, weil man sie entweder vergißt, oder weil die Gefangenen, da sie keine Unterkunft haben, bitten, daß sie noch bleiben dürfen, oder weil man sie für gefährlich hält, wenn sie in die

1) The second Report of the Prison association of New-York. New-York 1846.

2) Aus einem von dem Mayor von Neu-York mitgetheilten Berichte betrug die Zahl der von der Polizei innerhalb 8 Monaten Verhafteten 11000.

Gesellschaft zurücktreten. Die Schilderung der Zustände der einzelnen Gefängnisse ist unerfreulich, so daß selbst Männer und Weiber (wegen Mangels an Raum) zuweilen zusammen sind. Eine merkwürdige Aeußerung enthält der Bericht (p. 30.), wenn er eine Ursache der schlechten Zustände in der Art der Anstellung der Gefängnißbeamten findet, bei deren Wahl zu oft politische Rücksichten einwirken, so daß jene dann nicht genug um die Fähigkeit der Männer fragt. Der Bericht spricht die Ueberzeugung aus, daß durch die allgemeine Discussion der zwei Gefängnißsysteme auf jeden Fall die Sache der Menschheit gewonnen hat (p. 33.); man hat bei dem silent system eingesehen, daß man die für die Gesundheit der Gefangenen leicht gefährliche Härte, einsame Einsperrung, durch Gestattung der Unterredung mit andern nicht verderblich wirkenden Personen mildern müsse, und nun kommt es auf neue Erfahrungen aus; auf der andern Seite mußte man erkennen, daß bei dem System, das die zur Nachtzeit in einsamen Zellen bewahrten Gefangenen am Tage zur Arbeit unter dem Gebote des Schweigens vereinigt, die Durchführung dieses Gebots ohne große Härte der Strafen der Uebertretung nicht möglich scheint. Alles kommt darauf an, ob dies zuletzt bemerkte Uebel wesentliche Folge des Systems ist, und dies läugnet der Report (p. 135.). Die Erfahrung in Boston hat bewiesen, daß seit 12 Jahren, in denen über 7686 Gefangene eingesperrt wurden, keine Schläge nothwendig wurden. In Sing-Sing fing man vor 2 Jahren an, dies System nachzuahmen, leider in dem Gefängnisse der Männer mit einer gewissen Halbheit, daher der Erfolg noch nicht so groß war; in der Abtheilung der Weiber, wo man energischer dies Prügelsystem aufgab, mit dem besten Erfolg, wie die beiliegenden interessanten Berichte nachweisen, worin eine nach der Art des Betragens gemachte Classification der weiblichen Gef-

linge als durch Erfahrung zweckmäßig wirkend dargethan, und auch für die Männer ein solcher Vorschlag gemacht wird. In Bezug auf die entlassenen Sträflinge wurden Anstalten gemacht, um solchen Personen Arbeit zu verschaffen. Es werden dann sehr merkwürdige, wohl zu beachtende Berichte über den Charakter und das Leben einzelner entlassener Sträflinge, die man genau beobachtete, mitgetheilt, um zu zeigen, daß immer nur ein kleinerer Theil wahrhaft verdorben ist. Von 790 Gefangenen, die jetzt in Sing-Sing sich befinden, sind 676 solche, die nicht rückfällig waren. Der Report enthält noch viele Berichte über den Zustand der einzelnen Gefängnisse in Neu-York; in dem Report wird bemerkt (p. 89.), daß man hoffen dürfe, auf dem Wege langer Beobachtung ein System zu entdecken, welches statt des Auburnischen und Pennsylvanischen Systems als ein großes amerikanisches System die Mängel der beiden zuvor genannten Systeme vermeidet und ihre Vortheile vereinigt. Nach den Berichten der Aerzte in Neu-York (p. 90.) trägt der Aufenthalt in Gefängnissen eher zur Verlängerung als zur Abkürzung des Lebens bei; und wenn dennoch viele Gefangene sterben, so muß der Grund nicht im Gefängnisse überhaupt, sondern in besonderen Ursachen liegen. Gewiß ist, daß die Meisten an Lungenleiden sterben; von 229, welche seit 1817 in Auburn starben, starben 124 an Lungenkrankheit und 103 an Auszehrung; in Sing-Sing starben von 16 neun an Lungenleiden. Umständliche Tabellen über die in 13 Gefängnissen Amerika's vorgekommenen seit 1830 (Bericht p. 93 fg.) geben ein merkwürdiges Resultat. Die Durchschnittssumme von allen 13 Gefängnissen ist 58,06, die von den 10 auf das silent system gebauten Gefängnissen ist 56,09; die Durchschnittssumme der 3 auf das separate system gebauten penitentiares ist 71.

In den auf silent system gegründeten 5 Gefängnissen, in denen die höchste Sterblichkeit eintrat, ist die Durchschnittssumme der Sterbefälle 77; in 5 solchen Gefängnissen, in denen die geringste Sterblichkeit herrschte, ist der Durchschnitt 34. Es ergiebt sich, daß bei $^4/_5$ von allen Gefangenen, welche starben, der Tod im 25sten Jahre des Lebens eintrat. Sehr wichtige Nachrichten nach den einzelnen Berichten liefert der Report (p. 97 f.) über den Einfluß der Ventilation und der Heizung. Möchten unsere Staatsmänner die hier gesammelten Erfahrungen benutzen! In Ansehung der Geisteskrankheit giebt der Bericht (p. 102.) eine auffallende Thatsache an, indem in Sing-Sing ein Gefangener, der als geisteskrank sich darstellte, oft schwere Züchtigungen erlitt, weil man seine Angaben für Verstellung hielt und wo der Arzt selbst erklärte, daß die Krankheit vorgespiegelt sey, endlich in die Irrenanstalt gesendet wurde und dort bald starb, wo man dann durch die Section sich überzeugte, daß der Gefangene wirklich geisteskrank war. Der Bericht warnt, daß Gefängnißbeamte nicht zu vorschnell an Verstellung glauben, und zeigt, daß die gewöhnliche Prüfung der Geisteskranken, von denen die Meisten es durch Onanie werden, nicht sichernd ist. Der Bericht spricht die Ansicht aus (p. 103.), daß man bei genauer Erforschung mehr bessernde Wirkung des Gefängnißsystems finde, als man häufig glaubt. In Bezug auf die Disciplin werden Auszüge aus Berichten von Gefängnißinspektoren mitgetheilt (p. 105.), die gegen die Anwendung von körperlichen Züchtigungen sich erklären und große Nachtheile anführen. Der Bericht spricht sich (p. 106.) für Einführung der Classification und des Systems der Belohnungen aus, und spricht dann umständlich über die Begnadigungen, deren Anwendung der Bericht für sehr nachtheilig erklärt, insbesondere auch weil nach der Erfah-

rung die Politik einen zu großen Einfluß darauf hat, da die politischen Freunde des Gefangenen leicht einen mächtigen Einfluß geltend machen können. Von den zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe Verurtheilten wurden in 10 Jahren im Staate Neu-York 60 begnadigt; solche auf Lebenszeit Verurtheilte bringen selten über 7 Jahre in der Strafanstalt zu. Die beigefügten Tabellen über die in verschiedenen amerikanischen Gefängnissen ausgeübten Begnadigungen (p. 108 f.) zeigen einen furchtbaren Mißbrauch; im Jahre 1843 wurden von den Gefangenen in Auburn (741 Gefangene) 38, in Sing-Sing von 741 38, in Massachussets von 276 23, in Philadelphia von 345 15, in Pitsburg von 138 16, in Neu-Jersey von 146 19 begnadigt. Es wird nachgewiesen, daß nach der Erfahrung, je kürzer die Strafzeiten sind, desto besser der moralische Zustand wäre. Der Bericht erklärt, daß man zweckmäßiger überhaupt die Strafzeit durch das Gesetz abkürzen sollte.

Eine geistvolle Erörterung in Bezug auf die Vergleichung der zwei Systeme (silent und separate) enthält der Bericht p. 113. Die Vortheile des Pennsylvanischen Systems sind nach dem Berichte die: daß der verderblichen Communication besser vorgebeugt, der Gefangene in den Stand gesetzt wird, in die Gesellschaft zurückzukehren, ohne im Gefängnisse neue Verbrechensgenossen kennen gelernt zu haben; daß der Gefangene mehr den Ermahnungen seines Gewissens überlassen, in seinem Gemüthe durch nichts zerstreut, zu Verletzung der Gefängnißzucht nicht aufgefordert, daher milder gestimmt, und zur Ueberzeugung gebracht wird, daß sein Schicksal von ihm und nicht von der Willkür der Gefängnißbeamten abhängt. Das System von Neu-York ist wohlfeiler, der Gesundheit zuträglicher, und mehr geeignet, von dem Volke nicht mehr zu hart genannt zu werden. Die Ansicht der Verfasser des

Berichts spricht sich für keines der beiden Systeme aus und will noch eine genauere Prüfung. Der Bericht liefert dann Tabellen über das Verhältniß, in welchem in den verschiedenen amerikanischen Staaten die Zahl der Gefangenen nach fünfjährigen Aufzeichnungen zur Gesammtbevölkerung steht, wobei wieder die Gefängnisse, welche auf silent system gebaut sind, von den auf separate system gegründeten unterschieden werden. In dem ersten ist wieder große Verschiedenheit. In Neu-York kommt ein Gefangener auf 1592 Einwohner in der Zeit von 1829—1833 in dem Zeitraum von 1839 bis 1846 1 auf 1669; in Virginien von 1839—1844 1 auf 6635; in Kentucky von 1839 an 1 auf 7039; in Maryland von 1834—1839 1 auf 1224. — In den Staaten, die Gefängnisse nach dem separate system haben, kommt in Pennsylvanien in 5 Jahren (von 1829 bis 1833) 1 auf 7119, von 1834—1838 auf 2990, und von 1839 an auf 1959.

In Bezug auf die Zahl der Rückfälle beweist die mitgetheilte Tabelle, daß in Massachussets nach Durchschnitt von 10 Jahren 1820 von 2937 Gefangenen 191, 1839 von 310 19, 1840 von 320 18 Rückfällige waren; in Pittsburg mehrere Jahre lang keine Rückfälligen; in Philadelphia 1840 von 405 13, 1841 von 381 27; in Virginien 1841 von 180 1, 1842 von 195 3, 1843 von 209 3. Diesem merkwürdigen Berichte sind noch viele, bedeutende Thatsachen enthaltende besondere Berichte beigefügt.

Wir knüpfen unsere Mittheilungen über den Zustand der Gefängnisse in England an die in dem letzten Hefte *) gegebenen Nachrichten an. Reichhaltige Nachrichten liegen

*) Jahrg. 1846. 3s Heft S. 471.

in dieser Beziehung in dem neuesten Berichte der Gefängnißinspektoren [4]). Man sieht daraus, daß noch viele Gefängnisse in England in einem schlechten Zustande sich befinden, und aus den Berichten der Richter, welche die Gefängnisse untersuchten, z. B. in Bedford, County, Gaol (Report p. 3.), ergiebt sich, daß in manchen dieser Anstalten nicht einmal auf das Stillschweigen der Sträflinge gehalten wird, so daß die größte Unordnung und Lärmen in der Anstalt herrschen. Daß die Mehrzahl der Sträflinge in einem völlig verwahrlosten Zustande und unwissend in die Anstalt kommen, ergiebt sich daraus, daß z. B. in der Strafanstalt von Bedford 1843 111 nicht lesen und schreiben, 73 nur lesen, 90 unvollkommen lesen und schreiben konnten, und nur 6 gehörig unterrichtet waren. In Springfield (Report p 140.) konnten 1843 621 nicht lesen, 374 nur unvollkommen, nur 16 gut. In Coldbathfield's house of correction (Report) konnten 1843 4967 nicht lesen und schreiben, 942 nur lesen, 2246 nur unvollkommen lesen und schreiben. Eine Erfahrung wird vielfach bestätigt (Report p. 135.), nämlich die: daß kurze Einsperrungen in der Regel nachtheilig sind und auf das Gemüth des Gefangenen weder einen bessernden noch einen abschreckenden Eindruck machen. In der Grafschaft Essex kommt in der Strafanstalt von Springfield wie in andern Gefängnissen die Einrichtung vor, daß Gefangene nach dem richterlichen Urtheile zu solitary confinement auf gewisse Zeit verurtheilt werden. Hier aber beweist der Bericht (p. 139.), daß solche Einsperrungen nachtheilig sind, daß wegen des Mangels an Anstalten, wo der Gefangene täglich Bewegung im Freien hat, die Gesundheit solcher einsam Eingesperrten leicht angegriffen

---

4) Tenth report of the inspectors of prisons. Home district. London 1845.

wird, und die einsame Einsperrung selbst mehr nur dem Namen nach besteht, da die Zellen so angebracht sind, daß die Gefangenen Alles was auf den Gängen um sie vorgeht, hören und dadurch nur aufgeregt und zerstreut werden. Aus allen Berichten der Inspektoren wie der Geistlichen ergiebt sich die immer wachsende Ueberzeugung der erfahrnen Männer, daß alle Versuche das Schweigsystem durchzuführen scheitern, daß viele Strafen unvermeidlich sind, daß nur ein zweckmäßig durchgeführtes Absonderungssystem den Uebeln abhelfen kann; man bemerkt, daß die Zahl der Anhänger dieses Systems in England insbesondere auch unter den Gefängnißgeistlichen (Report p. 225.) sich vermehrt, daß die Gefangenen selbst die Nachtheile des Schweigsystems und das Widerliche, in jedem Augenblick der Versuchung der Uebertretung ausgesetzt zu seyn, fühlen, und die einsame Zelle vorziehen, vorzüglich aber den Werth des Unterrichts und die freundliche Theilnahme des Geistlichen erkennen. Interessant sind die Mittheilungen der Gefängnißregeln von einzelnen Strafanstalten, z. B. Tower Gaol in der Grafschaft Kent (Report p. 317.). Sehr niederschlagend sind die Berichte über die Gefängnisse in London, z. B. Westminster, Bridewell und Newgate. Auffallend ist, daß (Report p. 431. 441.) eine so große Zahl von Gefangenen, die in Bridewell zur einsamen Einsperrung verurtheilt waren, auf den Grund des ärztlichen Gutachtens aus den Zellen gebracht und wieder in die Säle mit anderen Sträflingen versetzt werden mußten, weil ihre Gesundheit angegriffen war; man würde aber mit Unrecht daraus ableiten, daß überhaupt die einsame Einsperrung so unheilbringend wirke; es ergiebt sich vielmehr, daß nur die schlechte Bauart und die Einrichtung der Zellen, die nicht geheizt werden konnten, die Ursache waren, daß die Gefangenen entfernt werden mußten. Da die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der

Erbauung von Gefängnissen nach dem Muster von Pentonville immer mehr in England sich ausbreitet, so werden immer mehr Gefängnisse nach der neuen Art erbaut. Die Commission rügt aber die noch hie und da sich aussprechende Halbheit, z. B. bei dem neuen Gefängnisse von Aylesbourg, das auf einsame Einsperrung gegründet ist, aber die in Untersuchungshaft befindlichen Gefangenen am Tage in großen Sälen vereinigt und für die anderen Gefangenen noch die Tretmühle beibehält. Die Generalinspektoren tadeln beide Einrichtungen und bemerken, daß sie die Anwendung des Schweigsystems für die Untersuchungsgefangenen als eben so nachtheilig für die bürgerliche Gesellschaft, als hart für die Gefangenen erkennen, weil das Zusammenleben mit anderen Gefangenen für viele Angeschuldigte sehr drückend und der Zwang zum Gebote des Stillschweigens ungerecht ist, da bei Untersuchungsgefangenen die Einsperrung nur den Zweck haben kann, die Flucht zu verhindern, der Gesetzgeber aber nicht berechtigt ist, ein anderes Uebel den Gefangenen aufzulegen.

Eine erfreuliche Nachricht giebt der Bericht über den wohlthätigen Einfluß, den das neue Gesetz über den Personalarrest auf die Zahl der wegen Schulden Verhafteten hatte. Vor dem neuen Gesetze waren in London 1843 im Schuldarrest noch 2529, seit dem neuen Gesetze nur 656. — In der Grafschaft Kent waren 1843 noch 123, nach dem neuen Gesetze nur 46 Schuldner verhaftet, und in der Grafschaft Surrey sank die 1843 noch 1180 betragende Zahl verhafteter Schuldner auf 130 nach dem neuen Gesetze herab.

Einer der wichtigsten Punkte, mit welchem sich der Bericht der Generalinspektoren beschäftigt, ist die Anwendung geeigneter Mittel, um dem wachsenden Uebel der jugendlichen Uebertreter entgegenzuwirken. Die Noth der Eltern, die außer dem Hause mit Mühe ihr Brod sich

verdienen müssen und auf die Erziehung ihrer Kinder nichts verwenden können, der verlassene Zustand jener Unglücklichen, die keinen Unterricht, keine Erziehung erhalten, sich selbst überlassen den zahlreichen Versuchungen unterliegen, und wenn sie aus den Gefängnissen kommen, noch elender sind, ist die Hauptursache der vielen von jungen Leuten verübten Verbrechen. Die Inspektoren bemerken, daß durch öffentliche Schulen bei der zahlreichen Klasse frühe liederlicher, dem Müßiggange ergebener, aller moralischen Gefühle beraubter jugendlicher Uebertreter nichts gewirkt werden kann. Solche jugendliche Uebertreter werden in der Regel durch die nothwendig milde Schulzucht nicht gebessert. Man hat in neuester Zeit in England besondere Strafanstalten für jugendliche Verbrecher errichtet, und zwar ist die Hauptanstalt in Parkhurst. Die Commission schlägt die Errichtung mehrerer solcher Anstalten vor; und ihre Vorschläge im Report (p. XI—XII.) sind höchst beachtungswürdig. Die Zahl der jugendlichen Verbrecher wächst in England auf schaudererregende Weise an. Im J. 1845 waren in den Londoner Gefängnissen allein 3000 jugendliche Verbrecher. Nach den Ansichten der Generalinspektoren muß der Zweck solcher Anstalten ein dreifacher seyn, und zwar 1) diese Uebertreter einer Disciplin zu unterwerfen, welche sie zugleich züchtigt und zu bessern geeignet ist, 2) die Verbrecher überhaupt abzuschrecken, und 3) in den Verwandten und Freunden jener Uebertreter eine Furcht und die Ueberzeugung zu erwecken, daß ihre in diesen Anstalten Verwahrten einer strengen Behandlung unterliegen. Es würde nach der Ansicht der Inspektoren sehr nachtheilig seyn, wenn man das Element der Strafe in solchen Anstalten als Nebensache betrachtete und die Strafanstalt für jugendliche Verbrecher mit den Rettungsanstalten für verwahrloste Kinder verwechseln oder zusammenwerfen würde, weil dann, wie dies die Erfahrung

lehrt, die jungen Leute sich eher versucht fühlen würd Verbrechen zu verüben, um in eine Anstalt zu kommen, der sie sich gut befinden, und weil die Eltern der Kin keine Furcht haben würden, wenn ihre Kinder in die A stalt kämen, in welchen es ihnen besser als zu Hause geht

Wir haben bereits angeführt[5]), daß in Milbc eine eigene Abtheilung blos für jugendliche Uebertreter e gerichtet ist, und haben über die günstigen Erfolge berichtet

Ueber den Erfolg der Anstalt von Parkhurst gel die neuesten Berichte[6]) interessante Aufschlüsse. In di Anstalt kommen junge Leute, die zur Transportation v urtheilt sind, aber vorerst in der Anstalt verwahrt werd um dieselben auf eine zweckmäßige Weise zu bessern, e sie transportirt werden. Im J. 1844 wurden zwei ne Abtheilungen in der Anstalt angelegt: die eine, bestehe aus 95 Zellen für die einsame Einsperrung der jugendlich Sträflinge, wenn sie in die Anstalt kommen, binnen d ersten 4 Monaten; die andere (junior ward) für jun Leute unter den Jahren der Mündigkeit, die einer ander Behandlung unterworfen und von den älteren Sträfling gesondert werden müssen. Der Bericht bemerkt, daß bei Abtheilungen sich als sehr heilsam bewährten, daß in d ersten kein nachtheiliger Einfluß auf die Gesundheit d einsam Eingesperrten beobachtet werden konnte, daß ab das Gemüth der Sträflinge beruhigt und für Ermahnu und Unterricht zugänglich gemacht werden konnte. G befanden sich 1845 durchschnittlich im Monate 80 in dies Abtheilung, in der Abtheilung für Unmündige war 116. Von den in Parkhurst verwahrten jugen lichen Sträflingen waren 7 unter 10 Jahren, 23 zwisch 10 und 12, 56 von 12—14, 151 von 14—16, 11

5) Jahrg. 1846. 3s Heft. S. 465.

6) Reports relating to Parkhurst prison 1845 u. 1846.

von 16 — 18 Jahre alt. Von diesen waren 248 zu siebenjähriger Transportation (man sieht daraus, daß sie schon schwere Verbrechen verübt haben mußten), 94 zu 10jähriger, 7 zu 14, 11 zu 15jähriger Transportation verurtheilt. — Es wurden gegen sie 4105 Strafen wegen Uebertretungen der Gefängnißzucht erkannt (gegen 165 körperliche Züchtigung, gegen die Meisten (3247) Verurtheilung zu Wasser und Brod. Die Sträflinge wurden zu vielerlei Arbeiten angehalten und in den Gewerben des Schuhmachers, Schneiders, Zimmermanns, Tünchers, Schmieds u. A. unterrichtet, aber auch vielfach in der Landwirthschaft beschäftigt. Am Unterricht nahmen Alle Theil. Manche lernten zwar nichts; in die Strafklasse kamen 1845 33, von denen 30 nachher transportirt wurden, 18 wurden nach West-Australien mit bedingter Begnadigung, 2 in eine Rettungsanstalt, 79 nach Milbank zur Transportation gesendet, und 3 aus medicinischen Gründen begnadigt.

Eine ziemlich allgemein in England verbreitete Meinung erkennt die Nothwendigkeit, daß die bestehende Gesetzgebung über das Strafverfahren gegen jugendliche Uebertreter abgeändert werden muß; darauf gründet sich eine am 8ten Juni im Unterhause angebrachte Bill, die den Zweck hat, nach dem Wege des Gesetzes die Anordnung zu treffen, daß auf die möglichst schnellste Weise jugendliche Angeklagte vor Gericht gestellt und summarisch oder auf eine das Verfahren sehr abkürzende Weise abgeurtheilt werden, weil die Erfahrung lehrt, wie gefährlich es ist, wenn solche junge Leute mit anderen Angeklagten zusammengebracht werden und lange in den Untersuchungsgefängnissen zubringen müssen. —

Wir haben bereits früher [7]) von dem Werke des Hrn. Adshead: Prisons and prisoners, London 1845,

7) Jahrg. 1846. 3. Heft. S. 443.

im Allgemeinen gesprochen; wir müssen aber unsere Leser noch näher mit dem Buche bekannt machen, das freilich kein systematisches Werk über Gefängnisse, aber die fleißige Arbeit eines wohlwollenden gewissenhaften Mannes ist, der in den verschiedenen Gefängnissen Englands durch Sammlung der Nachrichten darüber den beklagenswerthen Zuständen nachspürt, und nachzuweisen sucht, daß durch das Schweigsystem nicht geholfen werden kann, daß das Zusammenleben so vieler Gefangenen nach den eigenen Geständnissen der Sträflinge einen sehr verderblichen Einfluß auf die Moralität ausübt, daß die große Zahl von jährlich erkannten Disciplinarstrafen gegen Gefangene ebenso den Geist der Unordnung in den englischen Gefängnissen, als die Unmöglichkeit zeigt, das Gebot des Stillschweigens aufrecht zu erhalten. Durch die Vergleichung der Nachrichten über die einzelnen Gefängnisse wird zugleich gezeigt, daß jeder Versuch, durch Classification der Sträflinge eine gehörige Disciplin zu begründen, scheitert. Nach der Ueberzeugung des Hrn. Adshead vereinigt das Model Prison in Pentonville alle Vortheile. — Einer vorzüglichen Aufmerksamkeit würdig ist der neueste Bericht des Hrn. Clay[8]), Gefängnißgeistlichen von Preston[9]). Aus den von ihm mitgetheilten Tabellen ergiebt sich eine Abnahme der Verbrechen in der Grafschaft. Im J. 1838 waren noch 1214 Anklagen, 1845 1183. In dem house of correction in Preston waren 1845 1130 Personen, von welchen 47 rückfällig zum ersten Male, 5 zum zweiten, 1 zum dritten Male. Die Zahl der vor den quartersessions verhandelten Fälle war 1845 um 132 geringer, als 1844; namentlich verminderte sich bedeutend die Zahl der Widersetzungen gegen Beamte (von

---

8) Auch Hr. Clay war bei dem Gefängnißcongresse in Frankfurt gegenwärtig und erwarb sich dort allgemeine Achtung.

9) Chaplains twenty-second Report of Preston house of correction. Preston 1845.

24 auf 6) und des Einbruchs in Häuser (von 17 auf 9). Merkwürdig sind die Nachrichten über das Verhältniß der jugendlichen Uebertreter. Die Zahl der männlichen Uebertreter unter 20 Jahren hat in der Grafschaft abgenommen; von 1832—1837 war das Verhältniß solcher Angeklagten das von 31 zu 100, im J. 1844 nur 26, und 1845 nur 21; dagegen läßt sich eine Verminderung der weiblichen jugendlichen Uebertreter nicht nachweisen. Besondere Tabellen sind in Bezug auf die Ursachen der Verbrechen beigefügt. Hr. Clay, der als Geistlicher der Anstalt Gelegenheit hat, den Seelenzustand der Sträflinge genau kennen zu lernen, giebt hier höchst bedeutende Auszüge aus seinem Tagebuche; es ergiebt sich, daß bei 87 Männern und 18 Weibern, die peinlich angeklagt wurden, und 288 Männern und 33 Weibern, bei welchen Verurtheilung auf summary conviction eintrat, Trunkenheit die einzige Ursache des Verbrechens war. Man schaudert, aus den Geständnissen der Sträflinge zu erfahren, wie manche vielleicht gut gemeinte Sitte der Herren, z. B. den Arbeitern zu versprechen, daß sie, im Falle sie eine bestimmte Arbeit in einer gewissen Zeit fertigen würden, trinken dürften soviel sie wollten, höchst verderblich wirkt.

Eine merkwürdige Tabelle bezieht sich auf den Stand religiöser Kenntnisse der Sträflinge. Es ergiebt sich, daß 84 Männer, 32 Weiber, die peinlich angeklagt, und 278 Männer, 47 Weiber, die summarischer Verhandlung unterworfen waren, nichts von Gott wußten und das Vater Unser nicht kannten, über 400 nur unvollkommene Vorstellungen hatten. Das Detail der Tabellen über die übrigen Kenntnisse der Sträflinge (z. B. über 500 kannten gar nicht die Namen der Monate, eine fast gleiche Zahl wußte nicht, wie die Königin von England heißt) verdient große Aufmerksamkeit. Von 91 entlassenen Sträflingen giebt eine Tabelle (gegründet auf sorgfältige Forschungen)

Nachricht, daß 16 sich besserten, 37 wahrhaft gut wurden, 25 ungebessert blieben und 13 nicht weiter aufgefunden werden konnten.

Alle Schilderungen des trefflichen Hrn. Clay, dessen Bekanntschaft der Verfasser selbst in Frankfurt machte, zeigen, wie wohlthätig die religiöse Einwirkung eines würdigen Geistlichen auf die Gefangenen ist. Nur mit Wehmuth denkt man an die Folgen, wenn eine gewisse Partei in Deutschland, welche alle religiösen Gefühle zu zerstören sucht und welcher der Glaube an Gott und Unsterblichkeit ein Märchen ist, siegen und es dahin bringen würde, daß eines der wichtigsten Elemente der Besserung der Sträflinge nicht mehr angewendet würde.

Eine Tabelle bezieht sich auf das Gewicht, welches die Sträflinge bei ihrem Eintritt in die Anstalt hatten und das bei ihrem Austritte bemerkt wurde, und zwar mit Rücksicht auf die verschiedenen Arbeiten der Gefangenen und die Dauer ihrer Strafzeit. Die Ergebnisse sind sehr verschieden; je älter die Gefangenen waren, desto mehr verloren sie am Gewicht.

Wir wenden uns nun an die Darstellung desjenigen, was auf die Beurtheilung des Zustandes des Gefängnißwesens in Frankreich sich bezieht, und beginnen mit den Nachweisungen der Ergebnisse der Criminalstatistik im Jahre 1844. Es kamen in jenem Jahre 5379 Anklagen vor den Assisen vor; die Beobachtung des würdigen Quetelet bestätigt sich auch hier; jedes Land hat ein gewisses mit schauderhafter Regelmäßigkeit wiederkehrendes criminalistisches Budget; es kommt in Frankreich 1 Angeklagter auf 4757 Einwohner (im Wesentlichen gleich den früheren Jahren); 1841 kam 1 auf 4583, 1842 1 auf 4923, 1843 1 auf 4737. Die höchste Verschiedenheit nach den Provinzen ist fortdauernd die nämliche; während im Departement de la Seine 1 Angeklagter auf 1175, in Corsika 1 auf

1893 trifft, hat das Departement der niederen Pyrenäen 1 auf 16729, in Pas de Calais 1 auf 13980. Nach einer Vergleichung der Criminaltabellen seit 18 Jahren bemerkt man ein Wachsen der Criminalität im Allgemeinen; von 6988 Angeklagten im J. 1826 stieg die Zahl 1832 auf 8237, 1837 auf 8094, fiel 1842 auf 6953 und stieg im J. 1843 auf 7226, 1844 auf 7195. Die im J. 1826 1907 betragende Zahl der Verbrechen gegen Personen stieg 1844 auf 2031, und die der Verbrechen gegen Eigenthum (1826 5081 betragend) war 1844 5164. Einen schmerzlichen Eindruck, der auf die Moralität in Frankreich und zwar nicht der niedrigen Volksklasse niederschlagende Schlußfolgerungen begründet, macht die Nachweisung, daß die Zahl der Verbrechen der Nothzucht und der Angriffe auf die Schamhaftigkeit der Kinder sich auffallend vermehrt hat, so daß sie, während in dem Zeitraum von 1826 — 1830 durchschnittlich 129 solche Verbrechen vorkamen, im Jahre 1844 auf 460 stieg; in Bezug auf den Zustand der Bildung der Angeklagten in Frankreich bemerkt man noch immer die Erscheinung, daß von 7195 Angeklagten vom J. 1844 3761 weder lesen noch schreiben, 2299 nur lesen, oder sehr unvollkommen lesen und schreiben konnten.

Die Geschwornen scheinen in Frankreich in den letzten Jahren strenger zu werden; während noch 1826 von 100 38, 1833 u. 1834 40, 1837 37 für nichtschuldig erklärt wurden, sinkt seit 1842 die Zahl der nichtschuldig Erklärten auf 32 herab; es hängt dies Verhältniß auch mit den Veränderungen der Gesetzgebung über die zur Verurtheilung nöthigen Stimmenzahl zusammen; als 1831 8 Stimmen gefordert wurden, war das Verhältniß der Losgesprochenen 46 von 100, und als die Strafgesetze gemildert und die Geschwornen in den Stand gesetzt wurden, Schuldigerklärung beizufügen, daß Milderungsgründe

vorhanden seyen; als 1835 das Gesetz nur 7 Stimmen zur Verurtheilung forderte, sank die Zahl der nichtschuldig Erklärten. Desto häufiger machte die Jury Gebrauch von der Befugniß Milderungsgründe auszusprechen; es geschah dies 1844 zum Vortheil von 2877 Angeklagten; da 4131 für schuldig erklärt wurden, so beträgt die Zahl derer, bei welchen Milderungsgründe angenommen wurden 7/10tel. In Folge dieses Ausspruchs wurde von den Assisenhöfen gegen 1070 die ordentliche Strafe um zwei Grade, gegen 1807 nur um einen Grad herabgesetzt.

Die Todesurtheile sind nicht im Abnehmen; während 1843 42, 1843 50 zum Tode verurtheilt wurden, ergingen solche Urtheile 1844 gegen 51 Personen, 41 von diesen wurden hingerichtet (so daß nur 10 begnadigt wurden) [10]). Auch die Verurtheilungen zur lebenslänglichen Zwangsarbeit waren 1844 häufig, ihre Zahl war 209; die Gesammtzahl ist im Steigen begriffen; denn 1837 betrug sie nur 177, 1840 185, 1841 178, 1842 174. Auch in Bezug auf die Vergehen blieb das criminalistische Budget Frankreichs im Wesentlichen das nämliche; die correctionellen Gerichte hatten über 152029 Vergehen im Jahre 1843 zu urtheilen; 1844 betrug die Zahl 152462. Ein wegen Vergehen Angeschuldigter kommt in Frankreich auf 171 Einwohner. Losgesprochen wurden von den correctionellen Gerichten 22211, also nur 10 von 100, was freilich ein ganz anderes Verhältniß als bei den Urtheilen der Geschwornen liefert, wobei jedoch wohl erwogen wer-

---

10) Ein Schriftsteller in Frankreich, Hr. Mennt in Cherbourg, in seiner Schrift: Observations sur la peine de mort. Paris 1846, schlägt vor, daß Niemand, der nicht schon zu einer entehrenden Strafe verurtheilt war, zum Tode verurtheilt werden sollte. Er berechnet, daß 1844 wenn der Code im J. 1832 nicht gemildert worden wäre, 267 hätten zum Tode verurtheilt werden müssen, und daß nach seinem Vorschlage 1844 nur 8 zum Tode verurtheilt worden wären.

den muß, daß die Vergehen leichter wieder herzustellen sind, daß selbst häufig Geständnisse erfolgen. Daß auch bei den Vergehen die im Code gedrohten Strafen zu hoch sind und die gesetzliche Befugniß, welche den Gerichten der Art. 463. giebt, die Strafe unter das Minimum wegen Milderungsgründen herabzusetzen, wohlthätig wirkt, ergiebt sich aus dem Umstande, daß 1844 die correctionellen Gerichte bei 32588 Verurtheilten die Strafe unter das Minimum herabsetzten. Lossprechungen erfolgten übrigens bei den von der Staatsbehörde Angeschuldigten und vor Gericht Gestellten weit weniger, als bei den auf Betreiben von Civilparteien Verfolgten. Während von den Ersten von 100 nur 16 losgesprochen wurden, erging bei 43 Angeschuldigten der zweiten Art das Lossprechungsurtheil. Es ergiebt sich im Allgemeinen (wir sagen dies zum Troste mancher freisinnigen Personen in Deutschland, welche besorgen, daß die Einführung der Staatsbehörde bei uns die Qual für die Bürger, die Verfolgung Unschuldiger vermehren würde), daß die Staatsprocuratoren in Frankreich immer mehr mit sorgfältiger Prüfung zu Werke gehen, ehe sie bei Gericht verfolgen. Während noch in den Jahren von 1827—1830 von 100 auf Betreiben der Staatsbehörde vor Gericht Gestellten 27 losgesprochen wurden, ist seit 1841 das Verhältniß nur das von 16.

Ueber die Rückfälligen liefert die Statistik bedeutende Aufschlüsse. Sie lehrt, daß von 7195 im J. 1844 Angeklagten 1821 rückfällig waren, 179 schon zur Zwangsarbeit, 89 zum Zuchthaus, die Uebrigen zu leichteren Strafen verurtheilt waren; 423 waren schon zum zweiten, 186 zum dritten Male vor Gericht gestellt. Die Zahl der Rückfälligen nimmt in Frankreich auffallend zu: während 1826 11 von 100 rückfällig waren, sind es seit mehreren Jahren 25. — Die Zahl der correctionellen Angeschuldigten (im J. 1844 15041) ist nicht im Steigen.

Von den, von den Galeeren in Brest, Rochefort und Toulon während 11 Jahren Entlassenen wurden 1905 wieder vor Gericht gestellt und zwar binnen der ersten 5 Jahre nach ihrer Entlassung. Aus den maisons centrales wurden in 11 Jahren 60334 Sträflinge entlassen, von denen 18017 wieder rückfällig wurden; man bemerkt, daß die Strenge der Disciplin auf den Galeeren einen tiefern Eindruck als der in den maisons centrales gemacht zu haben scheint. Eine Verschiedenheit nach den Anstalten, in denen zuvor die Rückfälligen sich befanden, zeigt sich auch hier. Von 100 aus Toulon Entlassenen wurden 39, von 100 aus Brest Entlassenen 17, und von denen aus Rochefort 33 rückfällig. Von den aus der Centralstrafanstalt von Nismes 100 Entlassenen waren 24, in Embrun 28 rückfällig, während auf 100 aus Poissy Entlassenen 54, und von den aus Melun Entlassenen 48 rückfällig wurden. In die zuletzt genannten Anstalten kamen die in dem Departement de la Seine Verurtheilten, bei denen die tiefere Verdorbenheit der Hauptstadt die größere Zahl der Rückfälle leicht erklärt.

Die bisher mitgetheilten Nachrichten liefern einen reichhaltigen Stoff zu Betrachtungen. Eine der bedeutendsten in Frankreich veranstalteten Arbeiten dieser Art ist die von Hrn. Fayet [11]) in Colmar. Er prüft die von den verschiedenen Ständen in Frankreich verübten Verbrechen und theilt die Einwohner in 9 Klassen nach ihrer Lebensweise: I. solche, welche mit der Bearbeitung des Bodens sich beschäftigen (Ackerbauer, Gärtner, Kohlenbrenner, Weinbauer, Tagelöhner und Dienstboten bei Bauern). II. Arbeiter, die sich mit der Verarbeitung der Erzeugnisse des Bodens beschäftigen

---

11) Abgedruckt in den Séances et travaux de l'Academie des sciences morales et politiques. Paris 1846. October-Heft p. 249.

(Zimmerleute, Schlosser, Maurer, Schreiner, Ziegelbrenner, Töpfer, Holz- und Wollenarbeiter). III. Tischler, Bäcker, Fleischer, Garküchler. IV. Hutmacher, Schuhmacher, Schneider, Perrückenmacher, Wäscherinnen, Tapezierer. V. Handeltreibende, Banquiers, Mäkler, Commis. VI. Commissionärs, Träger, Schiffer, Fuhrleute. VII. Gast- und Schenkwirthe, Zimmervermiether, Dienstboten in den Städten. VIII. Solche, die freie Künste betreiben, Maler, Musiker, Schauspieler, Schreiber, Buchdrucker, Hofmeister, Lehrer, Soldaten, Notare, Advokaten, Aerzte, Priester. IX. Leute ohne Vermögen und Gewerbe, Schmuggler, Chiffoniers, Bettler, liederliche Dirnen. Der Verfasser prüft nun, wie nach den Ergebnissen der Statistik von 15 Jahren jede dieser Klassen an Verübung von Verbrechen sich betheiligte. Es ergiebt sich, daß im Allgemeinen die erste, also die ackerbauende Klasse moralischer als andere Klassen sind; von den seit 15 Jahren Angeklagten 112555 kamen auf die erste Klasse 34852 (also 310 auf 1000); allein es giebt einige schwere Verbrechen, in Ansehung derer diese Klasse furchtbar die anderen überragt, z. B. bei dem Vatermorde; von 164 Vatermördern der Jahre 1833 bis 1839 gehören 108 der ersten, und in den letzten 5 Jahren von 95 70 ihr an. Man sieht, daß die Bevölkerung auf dem Lande in Frankreich keiner großen Moralität sich rühmen kann. In der zweiten Klasse wechselt das Verhältniß, welches durchschnittlich das von 1760 ist. Von 1000 Angeklagten gehörten 1830 — 34 249, von 1835 — 39 215, und von 1840 — 44 232 dieser Klasse an. Diese Klasse begeht nach den Tabellen am häufigsten Verbrechen gegen die Schamhaftigkeit und überhaupt gegen die Personen, weniger gegen das Eigenthum. Auffallend ist, daß bei der Klasse der Wollen-, Baumwollen- und Seidenarbeiter mehr als in jeder andern Klasse eine

Verminderung der Verbrechen sich zeigt, so daß die Zahl ihrer Verbrechen in den letzten Jahren von 564 auf 494 sank. Von 1000 vor den Assisen Angeklagten gehörten 232 der zweiten Klasse, und 69 den Arbeiten der 3 oben bezeichneten Arten an. In der dritten Klasse ist keine Verminderung noch Vermehrung erkennbar; die Durchschnittszahl von 15 Jahren ist 35 auf 1000. In der vierten Klasse ist Vermehrung der Verbrechen bemerkbar, die Verhältnißzahl in den letzten 5 Jahren stieg auf 37, 58, 65. Kindermord hat die Verhältnißzahl 96, was sich jedoch daraus erklärt, daß in dieser Klasse am meisten Weiber (Näherinnen, Wäscherinnen) sich befanden. Die Arbeiter dieser Klasse dienen dem Luxus und werden durch politische und commercielle Krisen, durch Verminderung der Preise leichter zu Verbrechen bestimmt. In der 5ten Klasse (der Handeltreibenden) wirken wieder die Wechselfälle des Handels. Diese Klasse lieferte in dem Zeitraume von 7 Jahren 3319 Angeklagte (63 auf 1000). Das Hauptverbrechen, das dieser Klasse eigenthümlich ist, ist das der Fälschung. In der 6ten Klasse ist Gleichförmigkeit im Verhältniß der Verbrechen; nach Zeiträumen von 5 Jahren (von 1830 angefangen) ist das Verhältniß auf 1000 42, 39, 41. In der 7ten Klasse ist beständiges Steigen. Es gehören in diese Klasse besonders die Dienstboten in Städten, mit Verpflichtung zu Diensten für die Person. Hier zeigt sich der traurigste Zustand, insbesondere wenn man diese Dienstboten mit denen vergleicht, die zum Landbau dienen. Der dritte Theil aller Kindermordsfälle, der sechste von allen qualificirten Diebstählen, der neunte von allen Vergiftungen ist von den Dienstboten der Städte verübt. Hier zeigt sich auch die Erscheinung der großen Zahl von Dienstboten, die nicht lesen und schreiben können. Die Liederlichkeit der Dienstherren, Verführung von ihrer Seite, Mangel an Aufsicht, Mangel der Achtung und der Anhänglichkeit an

die Herrschaft, zunehmender Mangel des religiösen Sinnes, erklären die traurigen sittlichen Zustände unter den Dienstboten. In der 8ten Klasse zeigt sich im Ganzen eher eine Abnahme der Zahl der Verbrechen, dagegen ein auffallendes Zunehmen unter der Klasse der Advokaten, Notarien und Huissiers (nach den 3 Perioden 175, 209, 272). Unter den 41679 männlichen über 25 Jahre alten Angeklagten von 1829 bis 1838 bemerkte man 33 Priester, 33 Advokaten, 9 Avoués, 73 Notarien, 66 Huissiers. Es kommen 8 Angeklagte auf 10000 Priester, 26 auf 10000 Avoués, 37 auf 10000 Advokaten, 72 auf 10000 Notarien und 81 auf 10000 Huissiers. Nach den Tabellen ist der 7te Theil aller Tödtungen (211 auf 1489), der 8te Theil aller Nothzuchtsfälle und Angriffe auf Schamhaftigkeit der Kinder (195 auf 1512), der 13te Theil aller Verbrechen gegen die Personen (1205 von 15473), der 16te Theil der Vatermorde (10 von 164), der 18te Theil aller Verbrechen (2931 von 52337) von den Personen verübt, welche der 8ten Klasse angehören. Von Personen der 9ten Klasse (gens sans aveu) ist begreiflich ein großer Theil von Verbrechen, aber vorzüglich von Diebstählen verübt (das Gesammtverhältniß ist 73 auf 1000 Angeklagte). Dabei ergeben sich doch auffallende Schwingungen. Während in der ersten Periode nach 1830 die Zahl der von diesen Personen verübten Verbrechen sehr stieg, fiel sie in der letzten Periode immer mehr.

Manche Erscheinungen, die sich aus der von Fayet angestellten Vergleichung ergeben, sind wahrhaft beachtungswürdig. So z. B. zeigt sich, daß das Verbrechen der Widersetzung gegen Beamte sehr häufig von Leuten der 1sten, sehr selten von denen der 4ten Klasse (den Commerçants) begangen wird. Verwundungen kommen sehr häufig in den drei ersten, sehr selten in den zwei letzten vor. Am häufigsten sind Vatermord, Vergiftung, Mord über-

haupt von den Leuten, die der Bearbeitung des Bodens sich widmen, und denen verübt, welche freie Künste treiben; während unter den Gewerbs- und Handelsleuten diese Verbrechen selten vorkommen. Der Kindermord (sehr selten unter den übrigen Klassen) ist am häufigsten in der 4ten (wo Näherinnen und Wäscherinnen sind) und in der 7ten Klasse, in der die Dienstboten sich befinden. Die gegen Kinder verübte Nothzucht kommt am häufigsten in der Klasse vor, welche die freien Künste treibt.

Ehe wir zur Prüfung desjenigen, was in Frankreich im Gefängnißwesen durch die Gesetzgebung geschehen ist, übergehen, müssen wir noch auf eine interessante Arbeit aufmerksam machen, welche die Erforschung der sittlichen Zustände der Frauen in Frankreich, und die Frage, wie die für Frauen bestimmten Gefängnisse eingerichtet werden sollen, zur Aufgabe hat [12]). Die Verfasserin weist nach, wie das Weib überhaupt nur zu gewissen Verbrechen geneigt ist, und zwar zu jenen, die aus Schlauheit hervorgehen und nur schlaue Mittel fordern, und daß die herrschenden Leidenschaften, die das Weib zu Verbrechen treiben, Eitelkeit, Liebe und Eifersucht sind. Sie theilt alle Frauen in 3 Klassen: 1) die dem Stande der hohen Beamten, dem Adel, reichen Kaufleuten und reichen Eigenthümern angehören; 2) Frauen aus dem Stande der niederen Staatsdiener, der mittleren Kaufleute, der Advokaten, Aerzte; 3) Frauen der übrigen Klassen. In der ersten Klasse ist leider die Tochter zu früh von der Mutter entfernt, fremder Erziehung und vielfach nur ihrer Eitelkeit schmeichelnden Einwirkung (z. B. in Pensionsanstalten) ausgesetzt. Frauen aus dieser Klasse begehen eigene Verbrechen, deren Ursache die eben geschilderte Eitelkeit oder Eifersucht und

12) Les femmes en prison, causes de leur chûte moyens de les relever, par Mlle. Mallet. Paris 1843.

Neigung zu Intriken ist. Die zweite Klasse ist besser als die erste, aber doch durch manche Verhältnisse verdorben. Als Ursachen der Verbrechen in Frankreich überhaupt giebt die Verfasserin die zunehmende Irreligiosität, Mangel gehöriger Erziehung, die schlechten Bücher die von Weibern gelesen werden, die verderblichen Schauspiele, die Eitelkeit, die Armuth und die Prostitution an. Sie zeigt, wie die Strafanstalten für Weiber durchaus ungenügend sind, wie in den Centralanstalten das Zusammenleben völlig noch die Besseren verdirbt, wie die Aufsicht und vielfaches Zusammenseyn mit dem männlichen Personal verderblich wirkt. Die Schilderung dieser Zustände in Kapitel III — VI. sind sehr niederschlagend. Die Verfasserin findet nur ein Heilmittel der Verbesserung des Gefängnißlebens in der Einführung der völligen Einsamkeit.

Unsere Leser erinnern sich an die Vorlage eines Gesetzesentwurfs über die Gefängnisse in Frankreich im Jahre 1843 und an die von der Deputirtenkammer gefaßten Beschlüsse [13]). Die Regierung legte hierauf am 10. Juni 1844 der Pairskammer einen den Beschlüssen der Deputirtenkammer gemäß bearbeiteten Entwurf vor [14]), dessen Grundgedanken folgende sind: 1) Die in Untersuchungshaft Befindlichen werden Tag und Nacht in einsamer Zelle verwahrt. (Erleichterungen in Bezug auf die Bewegung im Freien täglich eine Stunde, Besuche durch Verwandte s. in §§. 6 — 12.) 2) Die Galeerenstrafe soll aufgehoben werden; als Freiheitsstrafen werden beibehalten: die Zwangsarbeit (zu verbüßen in den maisons des travaux forcés), das Zuchthaus (in den maisons

13) Wir haben davon in diesem Archive 1843. S. 566. gesprochen.

14) Rauter in Straßburg hat in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XVII. S. 35. die Verhandlungen der Kammer und den Geist des Entwurfs dargestellt.

de reclusion), und das Gefängniß (zu verbüßen in den maisons d'emprisonnement). 3) Für weibliche Sträflinge werden besondere Strafanstalten eingerichtet. 4) Auf gleiche Weise tritt dies in Bezug auf jugendliche Sträflinge ein. 5) In allen Anstalten wird das System der einsamen Einsperrung eingeführt. 6) Für häufige Besuche der Gefangenen durch Geistliche, Aerzte u. A. wird gesorgt. 7) Die einsame Einsperrung wird nur 10 Jahre lang gegen die Sträflinge angewendet, sie werden dann außer Frankreich deportirt.

Der vorgelegte Entwurf ist bisher in der Pairskammer nicht berathen. Nach Aeußerungen der französischen Generalinspektoren steht dem Entwurfe selbst eine große Veränderung in sofern bevor, als man die Deportation nicht annehmen und consequent die einsame Einsperrung ohne Beschränkung auf 10 Jahre durchführen will.

Die Regierung theilte den Entwurf 1844 sowohl den Gerichtshöfen als den Präfekten mit. Die letzten sollten ihr Gutachten über die einzelnen vorgeschlagenen Artikel geben; die Gerichtshöfe sollten außerdem darüber sich äußern, welchen Einfluß die Einführung des neuen Systems auf das dem Strafgesetzbuch zum Grunde liegende Strafensystem haben wird, und welche Abänderungen in den Gesetzbüchern nöthig werden.

Mehrere der eingegangenen Gutachten, welche die Regierung sammelte und drucken ließ, sind wenig bedeutend und enthalten nur allgemeine Phrasen; manche dagegen liefern treffliche für jeden Gesetzgeber wichtige Materialien. Vorzüglich enthält das Gutachten des Cassationshofes [15]) sehr schöne Bemerkungen. In Bezug auf die Anwendung des Isolirungssystems bei den Untersuchungsgefangenen er-

---

15) Observations de la Cour de cassation et des Cours d'assises pag. 23 etc.

klärt sich der Cassationshof gegen alle nicht wesentlich durch den Zweck der Untersuchungshaft gebotene Härte; er erkennt in der Einführung der einsamen Einsperrung keine Härte, vielmehr eine Wohlthat für den Gefangenen; er zeigt aber, daß die Regierung, indem sie im Art. 38. erklärt, daß diese einsame Einsperrung nicht bei den politischen Verbrechen oder wegen Preßvergehen Angeschuldigten eintreten sollte, selbst ausgesprochen habe, daß in der Verfügung eine Härte liege, weil sie ja sonst nicht die zuvor genannten Gefangenen der Milde wegen davon befreit haben würde; daher der Cassationshof (wie wir glauben mit Recht) auf die Weglassung des Art. 38. anträgt. In Bezug auf die Freiheitsstrafen bemerkt der Cassationshof, daß die in dem Code pénal durchgeführte Abstufung nun wesentlich verändert würde. Wenn zwar der Gesetzesentwurf (wie wir oben anführten) drei Arten von diesen Strafen beibehält, so scheint dies mehr nur dem Namen nach zu geschehen; denn in allen dreien wird das System der einsamen Einsperrung durchgeführt. Bei der Strafe ist es vorzüglich die Art ihrer Vollstreckung, die zu den Massen spricht, eindringliche Wirkungen hervorbringt und auf das Gemüth der Verurtheilten, wie auf die öffentliche Meinung des Volkes wirkt. Nach dem neuen Gesetze fallen äußerlich alle Unterscheidungen der Strafarten weg; denn der Unterschied nach Art. 24, daß der Gefangene mehr oder weniger von dem Arbeitsverdienst bekommt, je nachdem er in einer oder der andern Strafanstalt ist, wirkt unbedeutend; und mit verschiedenen Bezeichnungen der Strafhäuser, während die Vollstreckung der Strafe in allen die nämliche ist, bringt der Gesetzgeber keinen Eindruck hervor. Entweder müßte nun das Gesetz, wie der Code, durch äußere in die Augen fallende Merkmale die drei Strafarten unterscheiden, oder es müßte ehrlich sich entschließen, auf das System der Einheit der

Strafen bauend, das ganze Strafgesetzbuch darnach umändern. Es möchte gefährlich seyn, in der öffentlichen Meinung die Achtung vor dem Gesetze zu vermindern. Wenn die Strafen nicht mit dem Verbrechen im Verhältniß stehen, so ist nicht zu hoffen, daß sie eine abschreckende Wirkung hervorbringen. Die Regierung selbst, indem sie nach Art. 33. die einsame Einsperrung der Dauer nach gegen die bisherige Strafvollziehung vermindern läßt, erkennt an, daß die Strafe der Isolirung härter ist; dadurch wird ja wesentlich das ganze bisherige System des Code umgestaltet. Mit Recht deutet der Cassationshof auf die Sonderbarkeit hin, welche in der Erklärung der Regierung liegt, daß ihre Ansicht über die Nothwendigkeit der Einführung der absoluten Isolirung feststehe; man scheint also weitere Erfahrungen nicht mehr beachten zu wollen. Das Gutachten bemerkt noch, daß der Entwurf sich über die Natur der neuen nach Ablauf von 10 Jahren einzuführenden Strafart der Deportation nicht erklärt hat, und im Begriffe steht, ein gefährliches Experiment ohne klare Vorstellung von den Wirkungen einzuführen. Das Gutachten erklärt noch, daß die in dem Entwurfe z. B. in Bezug auf die zur Detention und der wegen politischer Verbrechen Verurtheilten gemachten Ausnahmen nicht zu billigen sind. Beigefügt sind dem Gutachten die Aeußerungen einzelner Mitglieder des Cassationshofes bei der Berathung des Berichts; man bemerkt, daß die Anhänglichkeit an das Alte und der Glaube an die Allmacht des Abschreckungsprincips viele Mitglieder bestimmte, welche es selbst für bedenklich hielten, die Galeerenstrafe aufzuheben, die, wie man sagte, schon auf Kinder eine ganz andere abschreckende Wirkung habe, als das Gefängniß; der bekannte Schriftsteller Berenger erklärte sich entschieden für die einsame Einsperung, aber gegen die Deportation, die er für unausführbar hält; er glaubt, daß man an

die Stelle der Galeerenstrafe die Zwangsarbeitshausstrafe mit accessorischen Verschärfungen z. B. der Kette setzen könne, und erklärt sich endlich gegen die noch bestehende surveillance de la haute police. Uns scheint, daß der Cassationshof die wichtige Vorfrage: ob und in welchem Umfange die entehrenden Strafen beibehalten werden sollten? mit Unrecht unbeachtet ließ; denn an die Beantwortung knüpft sich die Entscheidung, ob man verschiedene Freiheitsstrafen einführen soll.

Bei den Appellationshöfen waren die Ansichten sehr getheilt, obwohl die Mehrzahl sich für das System der absoluten Isolirung aussprach; nur 13 Appellhöfe wollten auf alle Kategorieen von Sträflingen dies System, 23 Höfe auf die Angeschuldigten und Angeklagten, 20 Höfe auf alle zur Zwangsarbeit Verurtheilten, 18 auch auf Zuchthaussträflinge, 22 eben so auf die zu mehr als ein Jahr Gefängniß Verurtheilten anwenden, und 15 billigten die Anwendung der Transportation nach Ablauf von 10 Jahren absoluter Isolirung.

Die Gutachten der einzelnen Gerichtshöfe enthalten manche beachtungswürdige legislative Bemerkungen, obwohl wir gehofft hätten, daß unter so vielen ausgezeichneten Juristen doch einige tiefer in die Verhältnisse eingedrungen wären. Der wichtige Punkt wegen der Ehrenfolgen wird nur von Wenigen berührt, der Appellhof von Agen (pag. 67.) erkennt wenigstens den Zusammenhang der Frage mit der Einführung des Pönitentiarsystems an, und will den Verlust der Ehre nur bei dem Zwangsarbeitshaus beibehalten, nicht aber bei der reclusion. — Andere Gerichtshöfe (z. B. der von Colmar p. 217.) meinen, daß man den Versuch mit dem Isolirungssystem zuerst nur bei der Zwangsarbeit machen sollte, um Erfahrungen zu machen. Mit Recht erklären sich Andere (z. B. der Hof von Amiens pag. 110.) gegen die prin-

ciplose und auf irrigen Voraussetzungen beruhende Ausnahme, die der Gesetzesentwurf in Bezug auf die politischen Gefangenen machen will, bei denen nach dem Entwurf die Isolirung nicht eintreten soll. — Die meisten Gerichtshöfe schildern den traurigen Zustand der jetzigen maisons centrales, bei denen es so weit gekommen ist, daß viel Sträflinge die Galeeren mit der Verurtheilung zum Zuchthaus vorziehen. Die besten Ausführungen beziehen sich auf die vorgeschlagene Deportation, jenes unselige Institut. Die Gerichtshöfe (z. B. Amiens p. 96, Aix p. 81, Colmar p. 213.) weisen nach, daß die Männer, welche dies Institut vorschlugen, sich wohl keine klare Vorstellung davon gemacht und die Schwierigkeiten der Ausführung nicht erwogen haben. Mehrere Gerichtshöfe sind geneigt, zu verordnen, daß wenn der Sträfling darum nachsucht, ihm gestattet werde, auch vor Ablauf der 10 Jahre schon deportirt zu werden. Aus den meisten Gutachten ergiebt sich, daß die Gerichte mit Besorgniß auf die durch das Gesetz einzuführende Gleichförmigkeit der Strafen blicken, und noch vielfach glauben, daß das System des Code, der eine schon in die Augen fallende (wie wir glauben principlose und ungerechte) Abstufung der verschiedenen Freiheitsstrafen aufstellt, eine besser abschreckende Wirkung habe, als das neue System. Manche Gerichte z. B. Douai (p. 257.) schlagen vor, daß man, wenn man das neue Gesetz einführen wollte, in den Anstalten, in denen die verschiedenen Strafen abgebüßt werden, äußerlich Unterschiede mache, damit z. B. bei dem maison des forçats der finstere und furchtbare Anblick schon die Einbildungskraft mit Schrecken erfülle. Wie sehr liebt unsere Zeit Schauspiele, und bildet sich ein, dadurch herrschen zu können!

(Fortsetzung folgt.)

II.

Controversen-Stand in Hinsicht auf Preßvergehungen namentlich gegen die Censurgesetze.

Von

Heffter.

Es ist keineswegs unsere Absicht, dem in der Ueberschrift angedeuteten Gegenstand eine bleibende Stätte in der Strafrechtswissenschaft zu verschaffen; wir hoffen so gut als viele Andere, daß eine präventive Schriftcensur nicht mehr lange Zeit zu den staatsrechtlichen Einrichtungen Deutschlands gehören wird, womit dann von selbst die Censurvergehungen, vielmehr Vergehungen gegen die Censurpolizei, wegfallen müssen und nur noch reine Preßvergehen übrig bleiben werden. Die Aufgabe in der Preßnoth der Zeit kann für die Wissenschaft und das Richteramt nur seyn, darüber zu wachen, daß die publicistische und juristische Consequenz nicht verloren werde und die rechtliche Freiheit des Einzelnen der noch für nöthig erachteten Zwangsanstalt nicht weiter zum Opfer gebracht werde, als es das Gesetz unabweislich fordert. Dazu mögen eben nur auch die nachfolgenden Beiträge dienen, obwohl für dieselben kaum etwas Anderes, als ein schlichtes Sammlerverdienst in Anspruch genommen wird.

I.

Hat eine censurpflichtige Schrift die Censur passirt und das Imprimatur erhalten, so entsteht die Frage, ob und in wie fern noch eine straf- und civilrechtliche Verantwortlichkeit des Schriftstellers, Druckers, Verlegers u. s. w. daneben Statt finden könne? Es haben sich hierbei drei Meinungen gebildet. Für die gänzliche Verneinung jeder Verantwortlichkeit hat man angeführt, daß die Censur eine Staatsanstalt sey mit dem Zweck, zu verhindern, daß keine Schriften von gewissem verletzenden oder anstößigen Inhalt verbreitet werden; folglich auch in dem Durchgehnlassen einer censurpflichtigen Schrift das Urtheil des Staates gefunden werden müsse, es sey kein unzulässiger, rechtswidriger Inhalt in der Schrift enthalten; ein Urtheil, welchem nicht wiederum durch eine andere Behörde widersprochen werden dürfe, ohne die Staatseinheit aufzuheben oder zu gefährden.

Für eine dessen ungeachtet dauernde Verantwortlichkeit macht man geltend: die Censur sey nur eine Aufsichts-Maaßregel zur möglichen Hinderung schädlicher oder rechtswidriger Gedankenäußerung, ohne übrigens mit dem absolut entscheidenden Urtheil darüber betraut zu seyn. Die Genehmigung des Druckes spreche nur die polizeiliche Ansicht aus, nicht aber das absolute Recht. Man behauptet dann sogar noch, daß sich der Censor durch pflichtwidriges Gehenlassen der Schrift an dem darin enthaltenen Delict betheiligen könne.

Eine dritte Ansicht unterscheidet endlich öffentliche und Privatrechte. Sie sieht in der Druckgenehmigung des Censors nur eine Deckung gegen Ansprüche des Staates, läßt aber daneben alle Rechte von Privatpersonen unverkürzt fortbestehen.

Die neuere Gesetzgebung und Praxis hat sich vornehmlich die letztere Ansicht zugeeignet. Unumwunden ward sie ausgesprochen in dem Braunschweigischen Censur-Edict vom 28. März 1814. §. 8.

„Würde ein Censor einer Schrift die Bewilligung zum Drucke ertheilen, welche nach obstehenden Vorschriften nicht hätte genehmiget werden sollen, so bleibt zwar der Drucker und Verleger oder Schriftsteller von Verantwortlichkeit deshalb, insofern nicht etwa Jemand Privatgenugthuung zu fordern berechtigt wäre, frei; Wir behalten uns aber vor, den Censor deshalb, dem Befinden nach zur Verantwortung zu beziehen."

Dasselbe System hat hiernächst den Bundesschluß vom 20. Septbr. 1819. §. 7. Absatz 2. adoptirt, indem er erklärt:

„Die Verfasser, Herausgeber und Verleger der unter die Hauptbestimmung des §. 1. begriffenen (censurpflichtigen) Schriften bleiben übrigens, wenn sie den Vorschriften dieses Beschlusses gemäß gehandelt haben, von aller weiteren Verantwortlichkeit frei; [und die §. 6. erwähnten Ansprüche der Bundes-Versammlung werden ausschließend gegen die Schriften, wie gegen die Personen gerichtet."]

und unmittelbar darauf, in völliger Uebereinstimmung die Königl. Preußische Verordnung vom 18. Oct. 1819. unter XIII:

„Der Buchdrucker und Verleger, welcher die „in gegenwärtigem Gesetz bestimmte Vorschrift befolgt „und die Genehmigung zum Abdruck einer Schrift erhalten hat, wird von aller ferneren Verantwortlichkeit „wegen ihres Inhaltes völlig frei. — Dem Verfasser kann in keinem Falle eine gleichmäßige vollständige Befreiung von Verantwortlichkeit zu

„Statten kommen, sondern, wenn es sich finden
„sollte, daß er des Censors Aufmerksamkeit zu hin-
„tergehen — oder sonst durch unzulässige Mittel die
„Erlaubniß zum Druck zu erschleichen gewußt habe, so
„bleibt er deshalb, besonders bei einzelnen in einem
„weitläuftigen Werke vorkommenden unerlaubten Stel-
„len, nach wie vor verantwortlich. — Uebrigens ver-
„steht es sich von selbst, daß wenn in einer Schrift Stel-
„len vorkommen, wodurch eine Person sich für beleidigt
„hält, derselben, der erfolgten Censur und Druckerlaubniß
„ungeachtet, ihre Rechte gegen den Verfasser und Ver-
„leger vorbehalten bleiben". (Ges.-Sml. 1819, 230.)

Darnach ist denn auch bei den Preußischen Gerichtshöfen entschieden und insonderheit bei den rheinischen Gerichten ein Wegfall oder eine Modification der öffentlichen Klage z. B. wegen Verleumdung durch eine censirte Druckschrift, angenommen worden, unter andern in einem Urtheile des rheinischen Cassationshofes vom 15. Mai 1843, abgedruckt im Rheinischen Archiv N. F. XXXV. Bd. II. Abth. A. S. 49. Wenn Alker in „Preußens Preßgesetze" Lissa und Gnesen 1844. S. 61. den Verfasser einer censirten Schrift nichts destoweniger für den Inhalt verantwortlich und den allgemeinen Strafgesetzen verfallen erklärt, namentlich für Schriften, die frechen und unehrerbietigen Tadel vor Verspottung der Landesgesetze und Staatsordnungen aussprechen, und sich dabei auf Art. XIII. und XVI. des Censuredicts von 1819, so wie auf die Cab. Ordre vom 4. Oct. 1842 (Ges. S. 250.), endlich auf §. 14. des Gesetzes vom 30. Juni 1843 beruft, so gestehen wir, die Behauptung durch diese Gesetze nicht bestätigt zu finden. Der Art. XVI. geht offenbar in seinen Strafbestimmungen wider den Verfasser auf Schriften, welche den Censurvorschriften zuwider gedruckt sind; die Cabinetsordre vom 4. Oct. 1842 hat die Strafen des

Art. XVI. nur auf censurfreie Schriften ausgedehnt; der §. 14. endlich des Gesetzes vom 30. Juni 1843 hieran wesentlich Nichts geändert.

Das nämliche Princip deutet ein Sachsen-Altenburgisches Gesetz vom 29. April 1831 an, indem es daselbst heißt:

„c) für die Mittheilung unverbürgter Gerüchte, desgl. „Thatsachen, die nicht dem Gebiet der Geschichte an„gehören, dauert die Verantwortlichkeit (des Verfas„sers, Verlegers u. s. w.) auch nach erfolgtem Ab„druck (mit Censur) fort."

„d) Sind Inländer oder inländische Behörden durch „eine Druckschrift benachtheiliget, so steht der Rechts„weg dagegen offen,"

was unter e. auch auf Ausländer ausgedehnt wird.

Das Badische Gesetz vom 28. Decbr. desselben Jahres verfügte in Beziehung auf die censurpflichtigen Schriften:

§. 13. „Durch die erhaltene Druckerlaubniß werden „Verfasser, Redakteurs, Verleger, Drucker, hin„sichtlich des Inhalts der Schrift, worauf sich die „Druckerlaubniß bezieht, von der Verantwortlichkeit „frei;"

und es ist hierbei auch in der bekannten Großherzoglichen Verordnung vom 28. Juli 1832 durch Hinweisung auf den vorgedachten §. 13. belassen worden.

Sonstige ausdrückliche Bestimmungen für andere deutsche Lande sind uns nicht bekannt und namentlich nicht aus Schletter Handbuch der deutschen Preßgesetzgebung (Leipzig 1846) zu entnehmen. Meistens enthalten die Censurgesetze Strafdrohungen blos auf den Fall, wenn die Censur umgangen wird, wie dieses auch schon in der zehnten der Regeln des Tridentinischen Concils über die

libri prohibiti geschehen war, ohne daß überdies d
Wirkung der erhaltenen Druckerlaubniß näher angede
tet würde. Schwerlich aber wird man diesem Schweigen ei
andere Deutung unterstellen können, als daß hiernächst d
zum Druck gelassene Schrift dem Staat gegenüber für ei
legitime Gedankenäußerung zu gelten habe. Denn d
Censurbehörde übt nicht etwa blos als aufsichtführen
Behörde eine rein negirende Function aus, sondern, i
dem sie das Imprimatur erhielt, spricht sie allerdings e
Urtheil der Gesetzmäßigkeit aus; sie giebt der Schrift e
Recht zu erscheinen und zur Verbreitung; und wenn das G
setz nicht ausdrücklich eine fernere Verantwortlichkeit geg
den Staat vorbehalten hat [1]), so muß es dabei sein V
wenden behalten. Dagegen kann die Regierung nicht
polizeilichem Wege Privatrechte zerstören, wo es nicht d
öffentliche Wohl gebieterisch fordert; Rechte der Priv
personen also, welche durch eine censirte Schrift verle
werden, bleiben unangetastet [2]). Der Censor selbst ka
zum Mitschuldigen gegen die Privatperson werden, we
er wissentlich einen rechtswidrigen Abdruck erlaubt, n
unter anderen schon das Allg. Preuß. Landrecht Th. I
Tit. 20. §. 625. angenommen hat und auch von A.
Weber über Injurien und Schmähschriften III, 26. g
lehrt wird. Wenn aber derselbe treffliche Schriftsteller
der nämlichen Abhandlung II, 181. bemerkt: „Es ist u
alle Sicherheit der Schriftsteller und um alle ordentlic
Rechtspflege geschehen, wenn Censor und Richter nic
sorgfältig unterschieden werden. Jenem überlassen die G

---

1) Wie z. B. das Preußische von 1819 in der oben angeführt
Stelle (Art. XIII.), sofern der Verfasser das Imprimatur a
unerlaubtem Wege zu erschleichen gewußt hat.

2) Vgl. Tittmann Hdb. d. Strafrechtsw. II. §. 372, wo n
der in der Note g. gemachte Unterschied zwischen offenbar
und nicht offenbaren Injurien keine Berücksichtigung verdient

setze zu prüfen und zu sagen, was nachtheilig werden kann; Dieser soll nach den Grundsätzen des Zwangsrechts entscheiden, ob wirklich gegen vollkommene Rechte und Verbindlichkeiten gehandelt worden ist; Jener hat sein Amt über die Irrthümer (?) der Schriftsteller, in sofern sie üble Folgen haben können, Dieser hat es nicht mit den Verirrungen des Verstandes sondern des Willens zu thun": so müßte daraus gefolgert werden, daß überhaupt kein Delict durch die Censur gedeckt wird, was dem Obigen widersprechen würde. In der That ist auch die gemachte Unterscheidung des Censors und Richters keine vollkommen richtige. Denn ist der Censor angewiesen, selbst nur mögliche Rechtsverletzungen zu verhindern, so muß er um so mehr die wirklichen schon unterdrücken und nicht zulassen. Seine Zulassung ist also eine Negation von Rechtsverletzungen überhaupt, die jedenfalls der Staat wider sich gelten lassen muß.

Ob und in wiefern schon mit der Ueberreichung einer Schrift von verbrecherischem Inhalt ein Verbrechen versucht oder vollendet werden könne, wollen wir hier nicht untersuchen, da es hierbei wohl auf die Art der Verbrechen selbst näher ankommt.

II.

Eine der bedeutendsten Fragen hat sich in neuester Zeit darüber ergeben, in wiefern die in einem deutschen Staate erhaltene Druckerlaubniß für jedes andere deutsche Territorium ebenfalls wirksam sey, also auch nach dem unter I. Bemerkten, von der Verantwortlichkeit für den Inhalt der Schrift überall dem Staat gegenüber entbinde? wozu dann noch der besondere Fall kommen kann, daß die in einem deutschen Staate mit Censur gedruckte Schrift in einem inländischen Blatt unter inländischer Censur, selbst ohne Veranlassung ihres Urhebers, wieder abgedruckt wird;

ein Fall, den wir indessen aus Rücksicht auf eine noc schwebende Rechtssache hier außer Betracht lassen wollen.

Was die Hauptfrage betrifft, so hat man sie au dem deutschen Bundesrecht dahin lösen wollen, daß dur die Landes=Preßgesetzgebung gewisser Maßen eine Solid rität der deutschen Staaten in Beziehung auf Preßfreihe und Censur erzeugt worden sey; daß die in den Landesg setzen angeordnete Censur obwohl in jedem Staat dur seine eigenen Behörden ausgeübt, dennoch eine Gesamm Institution sey, demnach in keinem Einzelstaate ein Bu für censurwidrig oder sein Urheber für straffällig eracht werden dürfe, wenn es in einem andern Bundeslande a gesetzmäßig anerkannt worden sey.

Von der andern Seite wird erwiedert: der Bunde gesetzgebung gegenüber steht die Souveränität der Einz staaten. Der Bund und sein Organ, die Bundesve sammlung, kann auf die inneren Verhältnisse der Einz staaten nur einen exceptionellen Einfluß äußern, wenn die im Grundvertrage ausgesprochenen Bundeszwecke g bieten, oder wenn für gemeinnützige Zwecke durch fr Zustimmung aller Souveräne Anordnungen getroffen we den. Die Präsumtion aber streitet für die Souveränit für das selbstständige Regiment jedes Einzelstaates; bleiben, ohne deutliche, ausdrückliche oder in der Sa begründete Beschränkung von Seiten der Bundesgew allezeit frei und ungebunden. Wenn also auch der Bu im Jahre 1819 für die Dauer der damaligen Zeitverhä nisse und dann fernerweit eine Censur angeordnet hat, hat er dadurch nicht etwa die Presse nur nach den dan ligen Regulativen normiren wollen und können; er l allein ein Minimum festsetzen wollen und können; er l jedem Einzelstaat nur die Verpflichtung aufgelegt, wen stens in diesem Umfang eine Censur zu organisiren, und je Bundes=Souverän ist dafür dem Bunde verantwortli

aber er hat nicht etwa jeden Einzelstaat von den anderen bei Erfüllung jener Verbindlichkeit abhängig gemacht; das wäre eine Verletzung des Souveränetätsprincips. Die angebliche Solidarität der Censur besteht demnach nicht; sondern allein eine Specialverantwortlichkeit jeder Einzelregierung gegen den Bund, und wenn gleich damit auch Pflichten gegen die anderen Bundesglieder gegeben sind, so ist doch nicht zugleich das Recht oder die Competenz jedem Einzelnen gegeben, durch seine Handlungen die übrigen mitzuverpflichten. Eine Solidarität der Preßfreiheit würde freilich für die deutschen Bundeslände bestehen, wenn das in der Bundesacte Art. 18. ertheilte Versprechen zur Ausführung gekommen wäre:

„Die Bundesversammlung wird sich bei ihrer ersten „Zusammenkunft mit Abfassung gleichförmiger Ver„fügungen über die Preßfreiheit und die Sicherstellung „der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den „Nachdruck beschäftigen".

Was jedoch von diesen gleichförmigen Verfügungen gegolten haben würde, kann nicht auf den Gegensatz, auf das Preßgesetz von 1819 übertragen werden.

So stellt sich die Sache nach dem status quo dar.

Es ist zwar richtig, dieses Bundesgesetz von 1819 hat selbst in dem schon unter I. angeführten Absatz des §. 7. die Verfasser, Herausgeber und Verleger der unter der Hauptbestimmung des §. 1. daselbst begriffenen Schriften,

also der in Form täglicher Blätter oder heftweise erscheinenden,

desgleichen derer, die nicht über 20 Bogen im Drucke stark sind,

wenn sie den Vorschriften des Beschlusses gemäß gehandelt haben, von aller weiteren Verantwortung freigesprochen;

allein wenn man den Nachsatz in Erwägung ziehet, so gehet solches lediglich nur auf den Fall des §. 6, wo nämlich die Regierung eines deutschen Bundesstaates sich durch die in einem anderen Bundeslande erscheinenden Druckschriften verletzt glaubt und von der Bundesversammlung Abhülfe verlangt, oder wenn die unter §. 1. begriffenen Schriften der Würde des Bundes oder der Erhaltung des Friedens und der Ruhe in Deutschland zuwiderlaufen, und nun die Bundesversammlung selbst noch eine Unterdrückung solcher Druckschriften gebietet. Hier soll dann von Bundeswegen außer der den Redacteur treffenden fünfjährigen Interdiction in Beziehung auf die Redaction einer ähnlichen Schrift kein weiterer persönlicher Nachtheil eintreten. Der Bund läßt in dieser Hinsicht die Censur= und Preßgesetze der einzelnen Staaten in Kraft und respectirt die bestandene Censur, so viel die vorgedachte Bundesmaaßregel betrifft; er spricht aber dadurch kein allgemeines Princip für jede souveräne Regierung in Deutschland aus, wonach dieselbe gehalten wäre, die in einem andern deutschen Staate bestandene Censur und das daselbst erlangte Imprimatur für unbedingt giltig und von jeder Verantwortlichkeit befreiend blos mit Vorbehalt der Bundesmaaßregel anzusehen und gelten zu lassen [3]).

Zu dieser Auffassung hat sich mehrere Jahre später ein Bundesbeschluß vom 14. Juni 1832 bekannt, indem bei Gelegenheit der gegen den eigentlichen Redacteur de

3) Vgl. Zachariä deutsches Staats= und Bundesrecht II 295. Not. „Dem ganzen Zusammenhang nach bezieht sich §. 7 des provisor. Preßgesetzes nur auf die Maaßregeln des Bundes gegen censirte Schriften und die Verantwortlichkeit der Schriftsteller dem Bunde gegenüber. Und gewiß konnte es der B. V. nicht einfallen, einen Pasquillanten, dem es gelungen wäre, das Imprimatur zu erhalten, für aller Verantwortlichkeit enthoben und den Geschmähten für rechtlos zu erklären."

Neuen Zeitschwingen verhängten fünfjährigen Interdiction die Bundesversammlung ihre Meinung dahin aussprach:

Daß der §. 7. Absatz 2. des Bundestagsbeschlusses nicht in dem Sinne genommen werden könne, daß die dort genannten Verfasser, Herausgeber und Verleger, wenn sie den Vorschriften dieses Beschlusses gemäß gehandelt haben, für die von ihnen verfaßten herausgegebenen oder verlegten Schriften auch gegen die einzelnen Bundesstaaten von aller weitern Verantwortung entbunden seyen; daß es vielmehr eine selbstverstandene Sache sey, daß in dieser Beziehung die Anwendung der Landesgesetze auf die durch die Presse begangenen Verbrechen oder Vergehen durch die Bundesgesetze keinerlei Beschränkung unterworfen sey [4]).

Hierin liegt zwar keine eigentliche Declaration [5]) des Preßgesetzes von 1819; die Bundesversammlung spricht eben nur eine Meinung aus; immerhin aber ist sie ein Zeugniß der übereinstimmenden Ansicht der deutschen Regierungen, welche auch das Preßgesetz von 1819 geschaffen haben, und erschwert den Beweis des Gegentheils, welches man in jenes Preßgesetz hineinlegen könnte.

In der gerichtlichen Landespraxis hat sich sowohl die eine wie die andere Ansicht geltend zu machen gesucht. In einem von Bauer (Strafrechtsfälle I, 55—97.) mitgetheilten Fall aus dem J. 1832 war die Facultät zu Göttingen der Meinung, daß Dr. R., Frankfurter Bürger, auch bei seinem einheimischen Gerichte gegen alle Verantwortlichkeit und Strafe wegen einer zu Hanau gedruckten Schrift und Protestation geschützt sey, da sie von der Kurhessischen Censur zugelassen worden, und zwar mit

---

4) v. Meyer, Staatsacten S. 396.

5) Dafür hält sie Zachariä a. a. O.

Bezugnahme auf §. 7. des Bundesgesetzes von 1819, indem dabei noch bemerkt ward: „Diese gänzliche Bestimmung des Verfassers censirter Schriften von aller weiteren Verantwortlichkeit wegen Verletzung der Würde und Sicherheit anderer Bundesstaaten (so wie der Ehre der hohen B. V. selbst) hat wahrscheinlich ihren Grund darin, daß nach §. 4. des gedachten Beschlusses jeder Bundesstaat für die unter jener Oberaufsicht erscheinenden Schriften nicht nur den unmittelbar Betheiligten, sondern auch der Gesammtheit des Bundes verantwortlich seyn soll." Es ist jedoch zu bemerken, Erstens: daß es sich hauptsächlich um eine Beleidigung der Bundesversammlung selbst handelte; Zweitens, daß der angegebene Entscheidungsgrund nur noch ein Appendix vieler anderen ist; Drittens, daß der Facultät dazumal der Beschluß vom 14. Juni 1832 noch nicht vorlag, wie aus Bauer's Anmerkung (**) S. 96. hervorgeht, wobei er indessen nichts desto weniger noch die Meinung äußert: daß auch diese neue Vorschrift für den durch ein censirtes Pasquill Beleidigten keinen Schutz gewähre, da sie die durch das Gesetz von 1819. §. 7. ausgesprochene Unverantwortlichkeit des Schriftstellers für den Inhalt der censirten Schrift bestehen lasse! Gemißbilligt ist dieses neuerlich von Zachariä in der schon angeführten Stelle.

Was die Preußische Praxis betrifft, so wurde zufolge der auch durch öffentliche Blätter mitgetheilten Entscheidungen in der bekannten Sache des Freiherrn v. L. wegen eines in die Augsburger Allgemeine Zeitung unter Königl. Baierscher Censur eingerückten Artikels, die Klage des Staatsanwaltes auf öffentliche Bestrafung in Erster Instanz zunächst aus folgenden Gründen verworfen:

„In Erwägung, daß sowohl nach den Worten, als nach dem in dem §. 5. des für alle deutsche Bundesstaaten verbindlichen Bundes = Preßgesetzes von 1819

angedeuteten Zwecke desselben, diese Staaten eine wechselseitige Verantwortlichkeit gegen einander in Beziehung auf die in ihrem Bereiche erscheinenden Zeitungen, Zeit- und Flugschriften übernommen, und hierdurch eine Bundes-Einheit gebildet haben, wonach die Censur in einem Bundesstaate, selbst hinsichtlich derjenigen Schriften, welche einen anderen Bundesstaat berühren, auch für letztere ausgeübt werden, und wenigstens, was die Verantwortung des Verlegers, Verfassers und Herausgebers betrifft, die nämliche Wirkung hervorbringen soll, als wenn solche in sämmtlichen Bundesstaaten Statt gehabt hätte";

„Daß diese Absicht der hohen Bundesversammlung, in dieser Beziehung eine allgemeine, für die Gesammtheit des ganzen deutschen Bundes gültige, gesetzliche Bestimmung zu erlassen, um so weniger bezweifelt werden kann, als dieselbe schon in der deutschen Bundes-Acte vom 8. Juni 1815 im §. 18. Nr. 4. die Zusage ertheilt hatte, bei ihrer ersten Zusammenkunft sich mit Abfassung gleichförmiger Verfügungen über die Preßfreiheit und die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck zu beschäftigen; Daß auch der §. 7. des Bundesbeschlusses vom 20. Septbr. 1819, wonach die Verfasser, Herausgeber und Verleger der unter der Hauptbestimmung des §. 1. begriffenen Schriften, wenn sie den Vorschriften dieses Beschlusses gemäß gehandelt haben, von aller weiteren Verantwortlichkeit frei bleiben sollen, allgemein gefaßt ist, ohne einen Unterschied zu machen, ob in dem einen oder in dem anderen Bundesstaate das Imprimatur ertheilt sey";

„Daß endlich der bereits allegirte §. 6. desselben, indem er demjenigen Bundes-Mitgliede, welches sich durch eine in einem anderen Bundesstaate erscheinende Druckschrift, ungeachtet der hierüber ausgeübten Censur,

verletzt glaubt, eine Klage auf Unterdrückung dieser Schrift beim Bundestage selbst vorbehält, die einzige Ausnahme statuirt, wo eine Klage von Seiten eines so verletzten einzelnen Bundesstaates zulässig seyn soll";

„Daß zwar ein im Handbuche von Simon über das preußische Staats-Recht Bd. 2. S. 24. allegirter späterer Bundestagsbeschluß vom 14. Juni 1832 die Meinung ausgesprochen haben soll, daß der §. 7. Absatz 2. des Beschlusses vom 20. September 1819 nicht in dem bisher erörterten Sinne genommen werden könne";

„Daß aber, abgesehen davon, daß dieser Beschluß in Preußen nicht publicirt worden, und daß derselbe weniger die Frage über das wegen eines Preßvergehens einem Bundesstaate zustehende Klagerecht, als die über die nach den jedesmaligen Bundesgesetzen zu beurtheilende Strafbarkeit desselben zum Gegenstande zu haben scheint, die spätere Preußische Gesetzgebung an keiner Stelle den Grundsatz aufgestellt hat, daß nur die Preußische Censur in Preußen die Anwendbarkeit des Bundestagsbeschlusses vom 20. September 1819 in Ansehung des §. 7. bedinge";

„Daß diese Gesetzgebung weit entfernt, die durch jenen §. den Verfassern und Verlegern von Druckschriften eingeführte günstige Bestimmung aufzuheben, oder zu schmälern, vielmehr im Publicationspatente vom 18. October 1819. §. 19. dieselben Grundsätze aufrecht zu erhalten, und sogar in der Königl. Kabinets-Ordre vom 4. October 1842 betreffend die Bestimmung: „daß in dem Staate „erscheinende Bücher, deren Text mit Ausschluß der Bei„lagen, zwanzig Druckbogen übersteigt, wenn sowohl der Ver„fasser, als der Verleger genannt sind, der Censur ferner „nicht unterworfen seyn sollen", sowie in der Königl. Kabinets-Ordre vom 4. Februar 1843, betreffend die Censur der Zeitungen und Flugschriften, und „die Genehmigung

„der vom Staatsministerium entworfenen Censur-Instruction vom 31. Januar 1843", die Absicht deutlich ausgesprochen und bewährt hat, die Grenzen der Preßfreiheit in dem Sinne der Gesetzgebung von 1819 zu erweitern";

„Daß daher eine von dem Staate ausgehende öffentliche Klage gegen den Verfasser einer in einem anderen deutschen Bundesstaate mit gehöriger Censur erscheinenden Druckschrift mit dem Geiste und der Abfassung des §. 7. des Bundestagsbeschlusses vom 20. September 1819 unvereinbar erscheint, und schon aus diesem Grunde die Klage der Staatsbehörde gegen den Beschuldigten als unzulässig zurückgewiesen werden muß."

Der weitere Inhalt dieses Urtheils interceressirt vorläufig nicht mehr. Es erging aber darauf in zweiter Instanz ein die angeführten Gründe mißbilligendes Urtheil vom 29. Januar 1846, nämlich:

„In Erwägung, daß, wie in thatsächlicher Hinsicht feststeht, Appellat den in der Beilage zur Augsburger-Zeitung vom 25. Mai 1845 mit Königlich Baierischer Censur abgedruckten Aufsatz vom 15. Mai 1845 zum Zwecke der Verbreitung verfaßt und hat einrücken lassen";

„Daß das öffentliche Ministerium auf den Grund dieses Artikels eine Correctionellverfolgung wider den Appellaten eingeleitet";

„Daß der Richter erster Instanz, die Unzulässigkeit der vom öffentlichen Ministerio erhobenen Klage auf den Umstand gebaut hat, weil weder Seitens des Obercensurgerichtes, noch Seitens des Oberpräsidenten Anträge formirt worden";

„Daß dem öffentlichen Ministerium nach der Rheinischen Criminal-Ordnung die Verfolgung einer jeden Uebertretung eines Strafgesetzes anvertraut und zur Pflicht gemacht worden ist, und daß daher seine Befugniß nur

durch bestimmte gesetzliche Ausnahmen beschränkt werden kann; daß der Bundesbeschluß vom 20. Septbr 1819 durch dessen Publication in den zum deutschen Bunde gehörigen Provinzen der Preußischen Monarchie, Gesetzeskraft erhalten hat";

„Daß der §. 7. dieses Beschlusses eine solche Ausnahme nicht enthält, vielmehr nur die Pflichten eines Bundesstaates gegen den anderen und zum Bunde, in Beziehung der durch die Presse verübten Vergehen festsetzen wollte, wie dieses aus einer Combination des allegirten §. 7. mit den §§. 1 bis 6. sich klar ergiebt";

„Daß daher jedem Bundesstaate die Ausübung der ihm sonst zustehenden Criminal=Jurisdiction unbeschränkt belassen wurde; daß folglich die innerhalb der deutschen Bundesstaaten erfolgte Censur einer gedruckten und verbreiteten Schrift strafbaren Inhaltes den Verfasser vor richterlicher Untersuchung und Bestrafung Seitens des competenten diesseitigen Gerichtes nicht schützen kann";

„Daß mithin das baierische Imprimatur den Appellaten der Verfolgung des öffentlichen Ministerii nicht entzieht."

Der weitere Inhalt wird hier wiederum weggelassen. Ganz im Einklang mit dem Angeführten stehen jedoch zwei Breslauer Urtheile, in deren Einem Folgendes ausgeführt wurde:

„So sehr die Worte des Bundesbeschlusses von 1819. §. 7. auf den ersten Blick für den Inculpaten zu sprechen scheinen, so ergiebt sich doch bei näherer Erwägung ihres Zusammenhanges ein Anderes.

Die in vorstehender Stelle erwähnte Hauptbestimmung des §. 1. sagt, daß periodisch erscheinende Schriften und solche, die nicht über zwanzig Druckbogen stark sind, nur nach vorhergegangener Censur gedruckt werden sollen."

Darauf heißt es im §. 4, jeder Bundesstaat sey, wenn in dergleichen unter seiner Oberaufsicht erscheinenden Druckschriften ein anderer Bundesstaat angegriffen werde, nicht nur diesem, sondern auch der Gesammtheit des Bundes verantwortlich. In §. 6. wird nun näher festgesetzt, daß wenn der angegriffene Bundesstaat von dem, dessen Censor die Schrift zugelassen hat, nicht vollständige Befriedigung erlangen könne, er befugt sey, sich an die Bundesversammlung zu wenden, welche die Unterdrückung der Schrift anordnen könne. Dieselbe könne auch aus eigener Bewegung Schriften, von welchen sie erachtet, daß sie die Würde des Bundes oder die Ruhe Deutschlands stören können, unterdrücken. Darauf folgt nun in jener wörtlich allegirten Stelle, daß die Verfasser von aller Verantwortlichkeit frei seyen. Erwägt man nun die gedachten vorhergegangenen Bestimmungen und die dem Hauptpassus jener Stelle sogleich nachfolgenden Worte:

„und die im §. 6. erwähnten Aussprüche der Bundesversammlung werden ausschließend gegen die Schriften, nie gegen die Personen gerichtet";

so ergiebt sich, daß jene zu Gunsten der Inculpaten allegirten Worte nur auf eine Verantwortung gegen den Bundesstaat, welcher sich beschwert hat, bezogen werden können. Von einer solchen soll der Verfasser frei seyn, und die Bundesversammlung kann nur gegen die Schrift, nicht gegen den Schriftsteller, einschreiten.

Davon aber, daß der Schriftsteller, der seine eigenen Landesgesetze übertreten hat, nicht nach diesen zur Untersuchung gezogen und bestraft werden könne, sagt jener Beschluß nichts, sondern er spricht in jener Stelle nur von dem vorausgesetzten Falle der Beleidigung eines anderen Bundesstaates.

Um hierüber jeden möglichen Zweifel zu entfernen, hat der deutsche Bundestag später in seinem Beschluß vom 14. Juni 1832 (Emminghaus corpus juris germanici S. 172, v. Meyer Staatsacten S. 396.) Folgendes erklärt:

„die hohe Bundesversammlung spricht ihre Meinung „dahin aus, u. s. w." S. oben S. 41.

Wollte man einwenden, dieser Beschluß sey nicht in der Preußischen Gesetzsammlung publicirt, derselbe könne also nicht zur Anwendung kommen, so würde dem entgegenstehen, daß doch die Allerhöchste Kabinets=Ordre vom 4. Februar 1843 (Ges. Samml. S. 25.) sagt:

„Ich will, daß diese Gränzen überall, wo es sich um eine anständige und wohlmeinende Besprechung in den öffentlichen Blättern handelt, im Sinne der Gesetzgebung von 1819 und der späteren, sie ergänzenden Bundesbeschlüsse erweitert, und die Censoren hiernach angewiesen werden sollen."

Ueberdies hat dieser neuere Bundesbeschluß von 1832 nur eine declaratorische Natur und spricht jedenfalls mit dafür, daß die Bundesversammlung bei Abfassung des Beschlusses vom 20. September 1819 jene Stelle nicht so verstanden hat, wie der Defensor sie verstanden wissen will, dessen Auslegung überdies, Vorstehendem zufolge, auch nach dem ganzen Inhalt dieses Beschlusses selbst sich nicht rechtfertigt.

Erwägt man nun den Inhalt der preußischen Censur=Gesetze, so lauten diese, in Betreff der Berufung auf den Schutz durch das erlangte Imprimatur zwar etwas günstiger für den Inculpaten, bei weitem aber nicht in dem Umfange, wie er es behauptet. Der Sitz dieser Rechtsmaterie ist in dem noch jetzt geltenden Gesetz vom 16. October 1819, welches alle frühere das Censur=

wesen betreffende Verordnungen in der Einleitung ausdrücklich aufhebt, und im §. XIII. (G. S. S. 230.) sagt:

„Der Buchdrucker und Verleger, u. s. w." S. oben.

Es kann hiernach allerdings als Regel angenommen werden, daß ein Schriftsteller, der das Imprimatur eines preußischen Censors erlangt hat, von aller weiteren Verantwortung frei ist, da denn die gedachten Fälle, wo diese Befreiung nicht statt findet, als die Ausnahme gelten müssen. Hinsichtlich derjenigen zwei Fälle also, wo Aufsätze des Inculpaten, nach den darauf befindlichen Vermerken im Inlande gedruckt sind, würde Inculpat — vorausgesetzt, daß als festgestellt anzunehmen wäre, daß sie das inländische Imprimatur erlangt hätten und jene Ausnahmsfälle nicht vorlägen — straflos seyn. Es gilt dies von einem Aufsatz in der Aachener Zeitung und einem in dem Journal „die schlesische Eisenbahn." Was dagegen die zufolge der angegebenen Verlagsorte sämmtlich außerhalb Preußen erschienenen anderen Schriften des Inculpaten betrifft, so so ist keine gesetzliche Bestimmung ersichtlich, welche die Anwendung der Strafgesetze ausschlösse. Der eben citirte Artikel XIII. bezieht sich offenbar nur auf den Fall, wo die Vorschriften des preußischen Censurgesetzes befolgt worden sind. Dies kann selbstredend nur dem preußischen Buchdrucker und Verleger Vorschriften ertheilen, und wenn also der Gesetzgeber sagt, daß, wenn diese Vorschriften beobachtet und das Imprimatur erlangt worden, der Verfasser der Regel nach nicht verantwortlich sey, so ist dabei das Imprimatur des preußischen Censors natürlich vorausgesetzt. Nirgends findet sich eine Bestimmung, welche die Befreiung von Verantwortlichkeit auch für den Fall ausspräche, wo ein Schriftsteller in einer Schrift gegen preußische Strafgesetze gefehlt, aber das Impri-

matur des Censors in einem andern Bundesstaate erlangt hat. Es bleibt also dann bei den allgemeinen Strafbestimmungen, da diese durch nichts ausgeschlossen sind, und Inculpat ist also wegen aller außerhalb Preußen gedruckten Schriften, ohne Rücksicht auf das etwa dort erlangte Imprimatur, lediglich nach den Strafgesetzen zu beurtheilen."

In zweiter Instanz sollen die Entscheidungsgründe gelautet haben: Die Streitfrag e:

> schützt die innerhalb der deutschen Bundesstaaten erfolgte Censur einer Schrift, welche sodann gedruckt und verbreitet worden ist, den Verfasser vor richterlicher Untersuchung und Bestrafung wegen strafbaren Inhalts?

muß mit dem ersten Richter verneint werden.

Aus der Natur des Instituts der Censur läßt sich für die Bejahung nichts folgern.

Die Censur ist offenbar eine bloße Sicherheitsmaaßregel zum vermeintlichen Schutze des Staates und der einzelnen Bürger. Die Staaten ohne Preßfreiheit haben es für nöthig erachtet, diese Präventivmaaßregel noch außer den Strafen für Preßvergehen anzuwenden.

Der §. 59. der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht bestimmt:

> „Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden."

Also nur da, wo bei Censurverordnungen Preßstrafgesetze ausdrücklich aufgehoben worden sind, ist diese Aufhebung anzuerkennen. Der Defensor scheint eine derartige Aufhebung zu behaupten, indem er sich auf die Bundesbeschlüsse vom Jahre 1815 und 19 und deren spätere

ufsätze beruft. Vornherein erscheint es jedoch unwahrscheinlich, daß der deutsche Bund in die Gesetzgebungen r einzelnen Staaten einzugreifen und deren spezielle Geze aufzuheben beabsichtigt haben sollte. Noch weniger begründet erscheint die Zumuthung, daß die einzelnen Staa- alle eigene Schutzmittel gegen die Presse aufgegeben d dieselben einem ausländischen Censor anvertraut hät- Dieser Verzicht würde darin liegen, wenn es den chriftstellern frei stände, sich an einen beliebigen Censor erhalb der Bundesstaaten mit der Wirkung zu wenden, ß das erhaltene Imprimatur ihn gegen die heimischen Preßgesetze schützen könnte. Zu einer solchen Ausung geben die Bundesbeschlüsse keine Veranlassung.

Im voraus ist hier zu bemerken, daß eine Berug auf die Bundes-Acte vom 18. Juni 1815, den Buntagsbeschluß vom 20. September 1819, die Wiener hluß-Acte vom 15. Mai 1820 an sich allerdings statt- ft erscheint, weil diese Bundesvorschriften gehörig pucirt sind. Denn der Bundesbeschluß vom 20. Septem- 1819 ist dem preußischen Censurgesetz vom 18. October selben Jahres (Ges. Sml. S. 227.) vorgedruckt und in Einleitung des letztern ist die Ausführung des Beschlus- angekündigt. Die anderen der genannten bundesstaaten Vereinbarungen sind selbstständig in den betreffenden hrgängen der Gesetzsammlung abgedruckt.

Zudem sichert die Wiener Schluß-Acte vom 15. ai 1820 in den Artikeln XVIII und XIX. den Betheien den Schutz des Bundes in Bezug auf diejenigen chte zu, welche durch die Bundesbeschlüsse ertheilt wor- sind.

Die deutsche Bundes-Acte von 1815 enhält in Beauf die Presse nichts weiter als die Bestimmung im ikel 18. Nr. 4:

Die Bundesversammlung wird sich bei ihrer ersten Zusammenkunft mit Abfassung gleichförmiger Verfügungen über die **Preßfreiheit** und die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck beschäftigen.

Durch den Bundesbeschluß vom 20. September 1819 ist diese Zusicherung in soweit erfüllt als derselbe Bestimmungen über die Preßfreiheit und Censur enthält.

Die Ausführung des Vertheidigers stützt sich nun namentlich auf den §. 7. des Beschlusses. Wenn sich zur Interpretation desselben und resp. zur Widerlegung des Defensors der erste Richter auf einen Bundesbeschluß vom 14. Juni 1832, der in **Emminghaus'** corpus juris germanici p. 762. (**von Meyer** Staatsacten S 396.) abgedruckt ist und als Declaration dienen soll, beruft, so bemerkt hiergegen der Defensor mit Recht, daß der fragliche Beschluß nicht gehörig publicirt ist.

Die Ansicht des ersten Richters, daß die Publication durch den Erlaß der Cabinets-Ordre vom 14. Februar 1843 erfolgt resp. nachgeholt worden sey, ist irrig.

Die Cabinets-Ordre lautet an der hergehörigen Stelle:

„Ich will, daß diese Grenzen überall, wo es sich um eine anständige und wohlmeinende Besprechung in den öffentlichen Blättern handelt, im Sinne der Gesetzgebung von 1814 und **der späteren sie ergänzenden Bundesbeschlüsse** erweitert und die Censoren hiernach angewiesen werden sollen."

Unter den „ergänzenden Bundesbeschlüssen" können aber keine anderen als vorschrifsmäßig publicirte gemeint seyn. Die §§. 10 u. ff. der Einleitung zum A. L. R. sowie die Gesetze vom 27. October 1810 und 28. März 1811 lassen darüber keinen Zweifel zu.

Es kann der rechtliche Grundsatz, daß die Staatseinwohner alle gehörig publicirten Gesetze kennen sollen, auf nichtpublicirte nicht ausgedehnt werden, am wenigsten in Criminalsachen. Uebrigens bedarf es der Heranziehung jenes Bundesbeschlusses nicht.

Der in Bezug genommene §. 7. des Bundesbeschlusses von 1819 besagt:

> Die Verfasser, Herausgeber und Verleger der unter der Hauptbestimmung des §. 1. begriffenen Schriften bleiben übrigens, wenn sie den Vorschriften dieses Beschlusses gemäß gehandelt haben, von aller weiteren Verantwortung frei, und die im §. 6. erwähnten Aussprüche der Bundesversammlung sind nur gegen die Schriften, nie gegen die Personen gerichtet.

Die allegirte Hauptbestimmung des §. 1. bestimmt, daß periodisch erscheinende Schriften und solche, die nicht über 20 Druckbogen stark sind, nur nach vorhergegangener Censur gedruckt werden sollen; die §§. 2 u. 3. sprechen nur von den Mitteln zur Aufrechthaltung des Beschlusses von dessen Verhältniß zu den damals bestehenden Territorial-Preßgesetzen. Der §. 4. disponirt, daß jeder Bundesstaat für die unter seiner Oberaufsicht erschienenen Druckschriften eventuell nicht nur dem unmittelbar Beleidigten, sondern auch der Gesammtheit des Bundes verantwortlich sey.

Der §. 5. enthält Stipulationen der Bundesglieder in Bezug auf die Handhabung der Censur, und im §. 6. ist festgesetzt, daß, wenn der angegriffene Bundesstaat von dem, dessen Censur die Schrift zugelassen hat, nicht vollständige Befriedigung erlangen könne, er befugt sey, sich zur Unterdrückung der Schrift an die Bundesversammlung zu wenden; demselben solle aber außerdem noch gestattet seyn, Schriften, durch welche die Würde des Bundes verletzt ist, oder die Ruhe Deutschlands gestört werden könnte, aus eigener Bewegung zu unterdrücken. So-

dann folgt die obige Bestimmung im §. 7. In den angeführten §§. sind also folgende Punkte erörtert und geregelt:

a) das Recht eines durch die Presse verletzten Bundesstaates gegen denjenigen Bundesstaat, unter dessen Censur die verletzende Schrift erschienen ist,

b) die eventuellen Schutz-Ansprüche desselben Staates an die Gesammtheit des Bundes, so wie

c) die Befugniß zur eigenmächtigen Unterdrückung einer anderweit censirten Schrift.

Die übrigen §§. des Bundesbeschlusses enthalten nur Dispositionen über dessen Gültigkeit.

Demgemäß ist also in dem Bundesbeschlusse von dem Einfluß der Censur eines fremden Bundesstaates auf die Pflichten eines Schriftstellers gegen seinen eigenen Staat gar nicht die Rede.

Es ist nicht im Entferntesten angedeutet, daß den Schriftsteller die gedachte Censur vor den Strafen sichere, welche er durch Uebertretung der ihn als Unterthan obligirenden Preßgesetze verwirkt hat, und der Artikel 13. des Gesetzes vom 18. October 1819 (Ges. Samml. S. 230. 231.) kann sich selbstredend und nach Art. 1. nur auf preußische Censur beziehen.

Hiernach ist die oben hervorgehobene Frage unzweifelhaft zu verneinen."

Wiederum sollen bei zwei anderen Ober-Landesgerichten entgegenstehende Erkenntnisse vorgekommen seyn, jedoch hat etwas Näheres über ihren Inhalt zur Zeit nicht verlautet. Wir unsrerseits enthalten uns selbst eines weiteren Urtheils über die Frage, was sich aus den mitgetheilten Materialien wohl ohne Schwierigkeit gewinnen

lassen dürfte; wir wünschen vielmehr, daß diese Mittheilungen bald der Vergessenheit mögen übergeben werden können, wenn die Eiskruste, womit die deutsche Presse überzogen ist, einer heiterern Sonne weichen wird. Möge die Presse dann aber auch eine kräftige und reine Saat gewähren und selbst ihr eignes Unkraut überwinden!

III.

Nicht ohne praktisches Interesse sowohl in sittlicher als in rechtlicher Beziehung ist die Erwägung der Frage:

in wiefern eine Regierungs-Concession zur Herausgabe von Schriftern und Blättern für gewisse gemeinnützige Zwecke die Verfasser von der Verantwortlichkeit für die darin gemachten Mittheilungen befreiet, wenn dieselben zwar dem Zwecke entsprechen, jedoch für Einzelne oder für den Staat verletzend sind?

So giebt es hin und wieder concessionirte periodische Blätter zur Beförderung der Sicherheitspolizei; sie theilen vielfache Personalnotizen über Sträflinge, Verdächtige, Gauner, Banden und Diebesgenossenschaften mit; der Zweck ist aus dem Gesichtspunkte des öffentlichen Wohles ein sehr löblicher; die Regierungen selbst unterstützen solche Mittheilungen; vorzüglich sind sie bei der staatlichen Zerstückelung Deutschlands ein brauchbares Hilfsmittel für die polizeiliche Wachsamkeit und eine dankenswerthe Warnungstafel für Viele. Da laufen dann freilich Notizen unter, welche nach der Waage der Gerechtigkeit abgewogen, nicht ganz probehaltig sind, sondern als persönliche Antastungen in das Gebiet der Injurie fallen. Entschuldigt hier etwa der Zweck die Mittel? Deckt die Regierungs-Concession eine kränkende Mittheilung? oder schließt wenigstens der Zweck die Absicht zu beleidigen aus?

Im Allgemeinen wird man unstreitig alle diese Fragen verneinen müssen. Hinsichtlich der Ersten bedarf es

dafür keiner Rechtfertigung; eben so wenig läßt sich eine Regierungs-Concession, ein Freibrief zu Unbilden gegen Mitbürger oder Fremde in einem gesunden Staate als möglich denken; ob endlich die Art der Mittheilung die Annahme eines fehlenden animus injuriandi wegen des Zweckes der Schrift allein zulasse, wird immer von den jedesmaligen Umständen abhangen.

Bereits in zwei dem Referenten bekannt gewordenen Fällen haben die Herausgeber periodischer Schriften für die Zwecke der Sicherheitspolizei Anfechtungen und Injurienklagen wegen individueller obwohl durch Anklage von Thatsachen unterstützter Verdächtigungen zu erdulden gehabt, und zwar mit ungleichem Erfolg. In dem einen Fall ist der beklagte Herausgeber der Zeitschrift freigesprochen worden, wahrscheinlich — denn die Gründe der Entscheidung sind nicht zur öffentlichen Kenntniß gelangt — wegen nicht anzunehmender Absicht zu beleidigen; in dem andern Fall hielt die hiesige Juristenfacultät, an welche die Acten von auswärts zum Spruch eingesandt waren, die Form der Mittheilung für schlechthin kränkend und den affectus injuriae für unabweisbar, weshalb sie den Beklagten zu einer Abbitte und Ehrenerklärung, dem gemeinen Recht gemäß, verurtheilte.

Der beklagte Herausgeber eines polizeilichen Anzeigers hatte nämlich den nunmehrigen Spielpächter an der Eisenbahn eines deutschen Landes mehrfach nicht nur als Verwandten oder Verschwägerten übelberüchtigter jüdischer Gauner bezeichnet — wobei sich noch allenfalls die Absicht zu beleidigen wegläugnen ließ — sondern er hatte überdies ihm noch bestimmte Verbrechen beigemessen, worüber der Beweis nur hinsichtlich eines Falles vorlag. Die Facultät erwog nun, daß es dem Beklagten zwar unbedenklich zustehen müsse, Thatsachen, welche zur concessionsmäßigen Bestimmung seines gemeinnützigen Blattes

gehören, frei mitzutheilen, daß ihm jedoch keinesweges damit das Privilegium ertheilt sey, diese Thatsachen ohne weitere Verantwortlichkeit für ihre Richtigkeit aufzustellen. Auch ein guter Zweck dürfe nur auf erlaubtem Wege erreicht werden, und mit solchen Mitteln, welche eine Kritik vor dem Richterstuhl bestehen können; auch die Presse müsse wahr seyn, und nur wenn sie dies sey, könne sie sich wegen ihrer Veröffentlichungen auf das Princip des Römischen Rechtes berufen: **Peccata nocentium nota esse et opportet et expedit.** Für wahr aber könne in privatrechtlicher Hinsicht nur dasjenige gelten, was sich dem Richter als solches erweisen lasse; die Berufung auf Mittheilungen anderer Personen, selbst in außergerichtlichen Verhandlungen öffentlicher Behörden, komme daneben nicht in Betracht, wenn sie gleich in ein „Man behauptet", oder „Man sagt" eingekleidet würden. Denn Gewährsmann haben schütze an sich nicht gegen die Annahme einer Injurie. An dem Daseyn einer die Kränkung des Klägers in sich schließenden Absicht glaubte überdies die Facultät aus mehreren besondern in gewissen Präcendentien liegenden Gründen nicht zweifeln zu dürfen.

Dem Vernehmen nach ist es hierbei auch in den weiteren Instanzen im Wesentlichen verblieben.

III.

Ueber das mißlungene Verbrechen oder d
s. g. Versuch des Verbrechens.

Von
Herrn Dr. T. Brackenhoeft,
Privatdocenten in Heidelberg.

§. 1.

Der Rechtszustand bedarf zu seiner Verwirklichung Widerstandes gegen Angriffe auf ihn. In Ansehung reits vollbrachter angreifender Handlungen äußert dieser Widerstand durch die ihnen nachfolgende Str Diese kann indeß auch von einem rechtsverletzenden Erf der angreifenden Handlung abhängig gemacht seyn; indeß nicht grade in einer s. g. materiellen Beschädig zu bestehen braucht, sondern auch in einer Störung intellectueller Zustände, z. B. des Rechtszustandes ü haupt, des Anerkanntseyns eines Status, gefunden w den, oder eine s. g. formelle Verletzung seyn kann [1]. Das Verhältniß einer Handlung zu dem Erfolge läßt in mehrfacher Weise denken. Sie kann entweder Ursache des wirklich eingetretenen Erfolgs aufgefaßt w den, oder als die Ermöglichung eines Erfolgs, o nämlich sie, die Handlung selber, als eine Manifesta

1) Ueber diese zweifache Auffassung des Erfolgs: Zach vom Versuche der Verbrechen I. S. 12. 13.

der Beabsichtigung desselben. In Beziehung auf den rechtsverletzenden Charakter stellt sich die Handlung je nach Verschiedenheit dieser Auffassungsweise im erstern Falle als eine Rechtsverletzung, im zweiten als eine Rechtsgefährdung, und im dritten als eine Rechtsbedrohung dar. Unter jedem dieser Gesichtspunkte drückt die Handlung an und für sich selber schon eine rechtswidrige Willensbestimmung ihres Urhebers aus, und unterscheidet sich dadurch von jeder andern in rechtswidriger Absicht vorgenommenen Handlung, die selber das Gepräge dieser Absicht nicht an sich trägt. Diese letztere, die blos von einer rechtsbedrohenden Absicht begleitete, an sich rechtlich erlaubte Handlung verhält sich zu der Ausführung dieser Absicht als bloße Vorbereitung, und hat in Beziehung auf die Rechtsbedrohung keine andere Bedeutung, als die, daß sie den Uebergangspunkt von der bloßen Absicht zu ihr bildet, und dem Entschlusse zur Begehung eine Existenz in der Außenwelt verleiht. Wo hingegen einer jener drei Gesichtspunkte der Handlung abgewonnen werden kann, da lehrt die Anschauung der That, auch ohne das Eintreten einer Verletzung, daß ein zur Herbeiführung einer Verletzung geeignetes Moment in der Außenwelt zur Existenz gekommen ist. Die widerrechtliche Willensbestimmung ist gleichsam auf der That ertappt; es ist ein scheinlich Werk vorhanden, welches zur Vollbringung der Missethat dienstlich ist [2]); die Handlung ist an und für sich schon böse [3]); ihr Urheber hat bereits begonnen, sich zum

2) P. G. O. Art. 178. — In der Bedeutung des Scheinlichen vereinigt sich der Charakter des Begründenden und des Verweisenden. Vgl. die Beispiele bei Walch glossar. p. 435 sqq. Grimm Rechtsalterth. S. 627, 650, auch Zachariä a. a. O. I. S. 191. Not. 1.

3) Oesterr. Strafgesetzbuch I. §. 8. Vgl. Menzel in der (Oesterr.) Zeitschrift: Der Jurist, III. S. 104.

Urheber einer Rechtsverletzung zu machen, wenn er es auch noch nicht geworden ist, und es ist der Zeitpunkt eingetreten, wo durch die Handlung selber ein hinderndes Einschreiten provocirt und gerechtfertigt ist. Bei dem Vorhandenseyn einer solchen Handlung bedarf es denn keiner besonderen begleitenden Umstände, um das Daseyn einer widerrechtlichen Willensbestimmung zu erkennen, wie dies bei anderen Handlungen, die in Gemäßheit einer solchen Willensbestimmung vorgenommen werden, der Fall ist, und demnach nur unter den Begriff der Vorbereitung fallen können. Die Vorbereitung hört da auf, wo der s. g. objective Thatbestand ins Daseyn zu treten beginnt; mag er nun vollendet werden oder nicht. Hier ist die Bedrohung eines Rechts objectiv geworden; vor welcher Bedrohung sich indeß die Gefährdung eines Rechts, als ein wirksamer Grad der Ausführung, nur selten unterscheiden lassen wird [4]). Erst wo sie aufhört, ist ein Mißlingen des Verbrechens möglich, während vorher das Unterbleiben desselben immer durch ein Aufgeben der Absicht allein, wenn auch in Folge von Hindernissen oder Mangel an Mitteln vermittelt seyn würde. Es kann nun erst der Fall eintreten, daß ein aus dem Grunde des Mißlingens unvollständiger, oder theilweiser, objectiver Thatbestand vorhanden ist, wodurch sich die bewirkende Handlung eben als Versuch, sowohl von der Vorbereitung als von der Vollendung, unterscheidet [5]). Es kann indeß die Frage aufgeworfen werden, ob denn in der That eine Vorbereitung oder ein Versuch von dem Verbrechen selber unterschieden werden könne, und ob nicht vielmehr beide schon

---

4) Vgl. unten §. 3. Not. 4. und §. 5 a. E.

5) Versuch involvirt einen Mangel am Thatbestande, aber nicht jeder Mangel am Thatbestande involvirt einen Versuch: Zachariä a. a. O. S. 21 ff. mit Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. 1. S. 166.

einen Angriff auf den Rechtszustand, und damit ein vollendetes Verbrechen enthielten? Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Bedeutung ab, welche man dem Verbrechen beilegt. Man kann es nämlich in zweierlei Weise auffassen, entweder als eine Verletzung des allgemeinen Rechtszustandes durch einen Träger desselben, oder als eine Verletzung desselben durch ein ihm unterworfenes Organ. Von dem ersten Standpunkte aus ist die das Verbrechen bildende Verletzung geschehen, sobald ein Träger jenes Zustandes den Beschluß der Begehung gefaßt und zur Verwirklichung seines Beschlusses auf irgend eine Weise in der Außenwelt thätig geworden ist. Denn durch eine solche Thätigkeit ist die Trennung seines Einzelwillens von dem den Rechtszustand tragenden Gesammtwillen, und die Opposition jenes Einzelwillens zu diesem Gesammtwillen bereits thatsächlich ausgeführt. Das Wesen des Verbrechens ist hier schon mit dem Beschlusse gegeben, und es bedarf jener äußeren Handlungen nur, um diesen Beschluß auch für Andere ins Daseyn zu rufen, und damit die Möglichkeit seiner Strafbarkeit zu begründen. Von dem zweiten Standpunkte aus muß indeß die Opposition des Einzelwillens gegen den allgemeinen Rechtszustand rechtlich gleichgültig seyn; da das demselben unterworfene Organ durch seinen Willen überall mit demselben nicht in Verbindung steht, sondern ihm nur in Folge einer äußeren Nothwendigkeit angehört, deren Gebiet nur das der Außenwelt seyn kann. Erst die Opposition der äußeren Handlungen des Organs gegen die Verwirklichung des an und für sich selber intellectuellen Rechtszustandes in der äußern Sinnenwelt kann hier Verbrechen seyn; erst hier kann dem Verbrechen selber eine dem Beschlusse zu demselben nachfolgende und zu dessen Ausführung dienende äußere Thätigkeit vorhergehen und Vorbereitung und Versuch vom Verbrechen selber unterschieden werden. Die

Vorbereitung aber steht mit der Verwirklichung des Rechtszustandes in der äußern Sinnenwelt noch überall nicht im Widerspruche, da sie in äußerlich durchaus erlaubten Handlungen besteht.

§. 2.

Daß die erstere Auffassungsweise den römischen Strafbestimmungen zum Grunde liegt, dürfte schon daraus hervorgehen, daß sie an sich erlaubte Handlungen blos wegen der mit ihnen verbundenen rechtswidrigen Absicht mit Strafe bedrohen: so das Waffentragen, das Giftkaufen, zum Zwecke einer Tödtung [1]). Zwar bestraft das römische Recht nicht die bloße cogitatio; aber es legt andererseits auch auf das Gelingen, den exitus, überall kein Gewicht, sondern nur auf die voluntas, und bestraft das consilium, den Entschluß zur Begehung, sobald er eine Thätigkeit in der Außenwelt zur Folge gehabt hat [2]). — Und wenn es scheint, daß dies nur dann der

1) Coll. legg. Rom. et Mosaic. Tit. 1. §. 2. 3. Pauli R. S. V. 23. L. 1. L. 3. L. 14. D. ad leg. Corn. de sicar. 48. 8. L. 1. D. ad leg. Pomp. de parric. 48. 9. — Die Ansicht, daß das römische Recht die Strafbarkeit des Versuchs als allgemeinen Grundsatz aufstelle (z. B. Wächter Lehrb. §. 85. Not 6. 7.), wird von manchen älteren Juristen (vgl. Zachariä a. a. O. 1. S. 93 ff.) auf schwere Verbrechen, wird von Cropp de praec. jur. Romani circa puniendum conatum auf crimina publica beschränkt. Gegen sie: Luden, über den Versuch des Verbrechens (Abhandl. Bd. 1.) S. 21 ff., der indeß den Grundsatz: dolo pro facto accipitur (L. 7. D. ad leg. Cornel. de sic.), dem Geiste des römischen Strafrechts angemessen hält, und Zachariä a. a. O. I. S. 109 ff. mit II. S. 4 ff. S. 88 ff. Allein im römischen Strafrechte überhaupt nur vom Versuche zu reden, scheint mit dem Geiste desselben im Widerspruche zu stehen.

2) Pauli R. S. V. 23. §. 3. L. 14. D. ad leg. Corn. de sicariis 48. 8. verb.: „In maleficiis voluntas spectatur, non exitus" (über diese Stelle insbesondere: Zachariä a. a. O. I. S. 106 ff.). Daß das römische Recht auch den Entschluß nicht strafe, und dies durch die Regel: „cogitationis poenam nemo patitur", ausdrücke (Zachariä a. a. O. I. S. 182. 183), sonach ungenau.

Fall war, wenn diese Handlungen bereits einen gefahrdrohenden Charakter an sich trugen [3]); so erklärt sich dies daraus, daß sich nur in diesem Falle erkennen läßt, daß sie in der That Folge eines verbrecherischen Entschlusses sind. Man darf dabei nicht vergessen, daß das römische Recht keinesweges den Thatbestand der Verbrechen juridisch construirt, sondern nur die Bedingungen aufstellt, unter denen eine Strafzufügung eintritt, und es dabei unbestimmt läßt, wann da, wo sie ausgeschlossen ist, der Grund dafür in dem Mangel des Thatbestandes oder in dem Mangel an Erkennbarkeit liegt. Und wo der Thatbestand des Verbrechens in einer Verletzung des allgemeinen Rechtszustandes gefunden werden muß, da ist seine Sphäre eine so rein intellectuelle, daß vom praktischen Standpunkte aus seine Erkennbarkeit sich mit seinem Daseyn, oder dessen Erfordernissen identificiren muß. Die Schwierigkeit, den Anfangspunkt des Thatbestandes und der Strafbarkeit im römischen Rechte zu bestimmen, ist also in der Natur der erstern Auffassungsweise begründet. Bei der zweiten Auffassungsweise hingegen kann die Sphäre des Thatbestandes auch die äußere Sinnenwelt seyn, und sie wird stets geneigt seyn ihn hier zu suchen und die Bedeutung des Verbrechens selber demgemäß zu modificiren, sobald sich an ihm nur die Verletzung eines Sonderrechts erkennen läßt, dessen Gegenstand der äußern Sinnenwelt angehört; was sich weiterhin noch in mehrfachen Beispielen zeigen wird. Daß sie in den deutschen Strafbestimmungen herrscht, ergiebt sich schon daraus, daß diese zum Eintritt der Strafbarkeit ein Unternehmen (Sichunterstehen) der Missethat durch zu ihrer Ausführung

---

3) Der Art sind die Beispiele bei Not. 1; und bei der Brandstiftung wird gefordert, daß ein incendium *factum* sey. L. 1. pr. L. 10. D. ad leg. Corn. de sicar. Coll. XII. §. 5. L. 11. C. de accusat. 9. 1.

geeignete äußere Handlungen fordern [4]. Man könnte geneigt seyn, den Grund der deutschen Auffassung in der Blutrache und dem Compositionenwesen zu suchen, bei denen der Erfolg das entscheidende Moment seyn mußte [5]. Allein sie findet sich in einer Zeit, wo die Strafzufügung bereits aufgehört hatte, im Interesse der verletzten Privatperson verhängt zu werden, und römische Vorschriften die Oberhand gewonnen hatten, wiewohl deutsche Auffassungsweise sie, wenn auch unbeabsichtigt, modificirte. Es fragt sich demnach noch um die Ursache, weshalb die Bestimmungen der P. G. O., die doch überhaupt an das römische Recht sich anschließen, in dem sie die Strafbarkeit des consilium anerkannt fanden, hier modificirend auftreten, und, wie es scheint, schon die älteren Criminalisten nach einer Erklärung für diese Erscheinung ringen [6]. Diese Ursache darf in einer Zufälligkeit nicht gesucht werden, sie muß in einer innern Nothwendigkeit liegen; und wenn die Bedeutung des Verbrechens und der Anfangspunkt der Strafbarkeit von Handlungen, welche Folge einer verbrecherischen Absicht sind, von der Stellung des Einzelnen zu dem allgemeinen Rechtszustande abhängt, so muß in ihr diese Nothwendigkeit begründet seyn. In der deutschen

4) P. G. O. Art. 178.

5) Doch braucht dieser Erfolg nicht grade der beabsichtigte zu seyn oder in einer Schadenszufügung zu bestehen, sondern es kann auch eine Gefährdung dazu genügen. Und wenn gefährdende Handlungen da, wo das Verbrechen selber nicht als Rechtsverletzung aufgefaßt wird, also ein Versuch auch nicht unterschieden werden kann (unter §. 3.), mit Buße belegt sind, so können sie nur als besondere Verbrechen behandelt werden. Die in den alten germanischen Quellen vorkommenden Fälle dieser Art dürften daher im Geiste dieser Quellen auch nicht mit Luden a. a. O. S. 309. 326 f. 338 ff. 345 ff., als Versuche anderer Verbrechen zu betrachten seyn.

6) Z. B. Jacob. de Belvisio Prael. crim. III. c. 26, bei Zachariä a. a. O. II. S. 11. 12.

Verfassung muß daher diese Stellung die derjenigen Auffassungsweise seyn, welche vorhin als die zweite hingestellt worden ist, und sie ist die nothwendige Folge eines die Grundlage des deutschen Rechtszustandes bildenden Elements, welches, von provinziellen Rechtszuständen abgesehen, der römischen Verfassung auch der Sache nach fremd ist. Dieses Element ist die Landesherrlichkeit, ein Sonderrecht des Landesherrn oder der Obrigkeit, mit seinem nothwendigen Gegensatze, dem Unterthanenverhältnisse [7]). Sie besteht in dem Rechte, ein Grundgebiet als Land zu besitzen, d. h. ein Gebiet zu beherrschen und in demselben über seine Bewohner zu regieren, und demnach von diesen zu verlangen, daß sie jenes Recht als die Grundlage ihres Rechtszustandes anerkennen. Als ein Recht zu regieren unterscheidet sie sich wesentlich von der Magistratur, der Pflicht zu regieren. Die Regierungsbefugnisse, die in der Magistratur den Charakter öffentlicher Befugnisse haben, d. h. solcher, welche Ausfluß einer Pflicht sind [8]), verlieren diesen Charakter in der Hand des Landesherrn und werden in Beziehung auf ihn zu Rechten. Jeder Angriff auf den allgemeinen Rechtszustand wird nun eine Verletzung des Sonderrechts des Landesherrn, welches nun, statt eines Gesammtwillens, der alleinige Träger des allgemeinen Rechtszustandes geworden ist. Die Gesammtheit der Unterthanen bildet hier blos ein Aggregat von Organen, wiewohl ihr Verhältniß zu dem allgemeinen Rechtszustande und dessen Bestandtheilen immer darin von ihrem Verhältnisse zu den reinen Sonderrechten

7) Ueber den Einfluß der Verschiedenheit der Staatsform auf das Strafrecht: Montesquieu esprit des lois Liv. 5. Matter über den Einfluß der Sitten auf die Gesetze und der Gesetze auf die Sitten (übersetzt von Buß) Abschn. 3. Hptst. 4.

8) Weshalb denn auch ihre Ausübung nicht, wie die Ausübung von Sonderrechten, willkürlich ist. Vgl. meine Identität und Connexität der Rechtsverhältnisse S. 43 ff.

verschieden ist, daß sie schon durch Nichtanerkennung eine Verletzung begehen. Für Sonderrechte Anderer kann aber der Beschluß, sie zu verletzen, auch wenn er an und für sich selber nicht verletzende Handlungen zur Folge gehabt hat, nicht verletzend seyn. — Es bleibt hier zwischen dem einzelnen Subjecte uud den Sphären der Sonderrechte Anderer noch ein freier Raum, in dem seine widerrechtliche Willensbestimmung sich bewegen kann, ohne verletzend zu seyn. Die *voluntas* **jus suum cuique tribuendi** ist hier gleichgültig, wenn man in der That jedem das Seine läßt. Das hat denn aber auf die Gestaltung des Strafrechts auch den Einfluß, daß nach Verschiedenheit der Sonderrechte, gegen welche verbrecherische Handlungen gerichtet erscheinen, sich auch verschiedene Verbrechen bilden. Der Träger des allgemeinen Rechtszustandes, der Bürger (im Gegensatz des Unterthanen) begeht im Grunde immer nur ein und dasselbe Verbrechen (im germanischen Rechte der Friedensbruch), aber in verschiedener Weise und Richtung. So stellt sich das römische Strafrecht dar. Die verschiedenen Strafgesetze, die leges publicorum judiciorum, constituiren nicht etwa besondere Verbrechen. Sie belegen vielmehr nur die verschiedenen Richtungen des (einen) Verbrechens mit verschiedenen Strafen; die Verschiedenheit des Beschlusses, des consilium, nicht die Art der Ausführung, das factum, bestimmt die Verschiedenheit der Strafe [9]). Die verschiedenartigsten Handlungen werden, blos wegen der Identität der Richtung, unter dasselbe Strafgesetz gestellt. Der, welcher jemandem eine widerrechtliche Anklage oder Verurtheilung in einer Capitalsache zuzieht oder zuzuziehen strebt,

---

9) **Paul. R. S. V. 23. §. 3.** Der Beweggrund zum **consilium** ist dabei gleichgültig. Auch wer **furandi causa cum telo ambulat** (vgl. oben §. 2. Not. 1.), wird als **sicarius** bestraft: **L. 1. pr. D. ad leg. Corn. de sicar. 48. 8.**

wird Dem gleich behandelt, der durch Angriffe auf den Körper eines Menschen ihm das Leben raubt [10]). Ganz verschieden davon ist die deutsche Auffassungsweise; und wäre sie es nicht, so könnte sie einen Versuch des Verbrechens vom Verbrechen selber nicht unterscheiden. Es erklärt sich aber auch aus der Verschiedenartigkeit der Auffassungsweise unserer Quellen, daß die Ansichten der Criminalisten über den Eintritt der Strafbarkeit, oder über die absolute Strafbarkeit des Versuches, so verschieden von einander sind [11]). Denn wenn der Grund dieser Verschiedenartigkeit nicht erkannt zu werden scheint und die rechtliche Natur des römischen Bürgerthums, oder des Bürgerthums überhaupt als dem germanischen Wesen schlechthin fremd betrachtet werden muß [12]); so wird es um so weniger gelingen, die richtige Bedeutung von Vorschriften zu erkennen, denen die Idee eines solchen Bürgerthums zum Grunde liegt.

§. 3.

Nur dann also, wenn man das Verbrechen der Verletzung eines Sonderrechts auffaßt, kann man eine Vor-

10) L. 1. pr. §. 1. D. ad leg. Cornel. de sicar.

11) Die Strafbarkeit der vorbereitenden Handlungen vertheidigen unter den neueren Criminalisten: Martin Criminalr. §. 43. Jarcke in Hitzig's Zeitschr. Hft. V. S. 119. Jordan de nonnull. controv. p. 10—20. Dagegen aber: Mittermaier N. Archiv d Crim. R. II. S. 615. vgl. I. S. 168. IV. S. 20. Bauer Lehrb. §. 60. Henke Handb. I. S. 255. Tittmann Handb. I. S. 190. Zachariä a. a. O. S. 205 ff. u. And.

12) So will z. B. Frey, Entwurf zu einem republicanischen Strafgesetzbuche, landesverrätherische Complotte, sofern noch nicht zu Thaten geschritten, für straflos erklären; was doch dem Wesen eines Bürgerthums widersprochen würde; und wenn man die Bestrafung des Entschlusses als Tyrannei qualificirt (Zachariä I. S. 182.), so kann diese Eigenschaft ihr vom Standpunkte eines Bürgerthums aus in der That nicht beigelegt werden.

bereitung zu demselben unterscheiden und sie als straflos betrachten. Derselben Auffassung bedarf es aber auch, um von der Rechtsverletzung eine Rechtsbedrohung oder Rechtsgefährdung unterscheiden zu können. Es hat sich diese Unterscheidung im deutschen Strafsysteme in der auf die P. G. O. [1]) gegründeten Absonderung zwischen Verbrechen und dessen Versuch gebildet, zu welcher noch eine Eintheilung des letztern in den Anfang der Ausführung und den beendigten Versuch hinzugetreten ist [2]); wiewohl mehrere neuere Strafgesetze diese Unterabtheilung des Versuches nicht kennen [3]), und die ihr entsprechende Unterscheidung zwischen Rechtsbedrohung und Rechtsgefähr-

1) Art. 178. Vgl. oben §. 1. Not. 1. Ueber die Lesarten des Art. 178: Zachariä a. a. O. I. S. 29; über die Auslegung der älteren Criminalisten: dens. I. S. 223 ff., und über die Definitionen neuerer Gesetzbücher und Entwürfe: dens. I. S. 31 — 33.

2) So: Bauer Lehrb. d. Crim. R. §. 60. 61. Hannöv. Strafgesetzbuch Art. 33. Badisches Str. G. B. §. 106. 107. Was anderswo entfernter Versuch heißt (Feuerbach Lehrb. d. peinl. Rechts §. 43. [auch „vorbereitetes Verbrechen"]. Martin Lehrb. d. Crim. R. §. 61. Not. 15. Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. IV. S. 21. [hier jedoch als: Anfang der Ausführung]. Baier. Str. G. B. von 1813. Art. 60. Oldenb. Str G. B. Art 48. 50. Sachs. Weim. Entw. und Str. G. B. Satz 33. 34.), fällt hier ganz aus. Der Anfang der Ausführung (so auch: Baier. Entw. von 1822, v. 1827 Art. 46. Würtemb. Str. G. B. Art. 63. Hannöv. Str G. B. Art. 33. Großh. Hess. Str. G. B. Art. 64) steht parallel dem nächsten Versuche (vgl. Feuerbach a. a. O.), der beendigte Versuch der geendigten Unternehmung oder dem delictum perfectum (vgl. Feuerbach a. a. O.). Ueber diese verschiedenen Stufen des Versuches überhaupt: Zachariä a. a. O. II. S. 21 ff.

3) Oesterr. Str. G. B. §. 7. Baier. Entw. v. 1831. Art. 51. Norweg. Entw. u. Str. G. B. Kap. 3. §. 1. Sächs. Str G. B. Art. 26. Entw. Art. 24; und zwar diese ohne Unterscheidung der Vorbereitung, mit derselben aber: Preuß. Land-R. II. Tit. 20. §. 43. Baier. Str. G. B. v. 1813. Art. 60. 62. Oldenb. Str. G. B. Art. 48. 50. Würtemb. Str. G. B. Art. 63. Hess. Str. G. B. Art. 65.

dung auch in der That selten angeordnet werden kann [4]). Daß aber die P. G. O. zu dem Versuche des Verbrechens, den sie eine unterstandene Missethat nennt, eine Handlung von rechtsbedrohender oder rechtsgefährdender Natur verlangt, kann nach ihrer Bestimmung in dem genannten Artikel 178. nicht geläugnet werden [5]). Denn sie fordert Handlungen, welche augenscheinlich zur Vollbringung des Verbrechens geeignet sind; die Missethat soll nach ihr mit „scheinlichen wercken", die zur Vollbringung derselben „dienstlich seyn mögen", unterstanden seyn. So lange aber die Handlung jenen rechtsgefährdenden oder rechtswidrigen Charakter nicht an sich trägt, mag sie immerhin zur Vollbringung des Verbrechens dienstlich seyn, wie z. B. der Ankauf von Waffen, aber unterstanden ist die Missethat damit nicht, und eben so wenig ist ein Unterstehen mit augenscheinlich dienlichen Mitteln vorhanden; nur Vorbereitung kann sie ohne jenen Charakter seyn: bloße Anschaffung eines Mittels zu einem verbrecherischen Zwecke ohne eine Benutzung für denselben. Bei einer solchen Vorbereitung hat aber der verbrecherische Wille selber das Gebiet der äußern Sinnenwelt in der That noch gar nicht betreten, und kann von einem Gesetze, welches nur in dieser zu herrschen bestimmt ist, eben so wenig mit Strafe bedroht seyn, als eine mit verbrecherischem Willen und in der Meinung der Ausführung vorgenommene Handlung, die ihrer natürlichen Beschaffenheit nach zu der beabsichtigten Verletzung absolut untauglich ist [6]). Dieser Grund

4) Nämlich nur bei solchen, deren Vollendung noch eine Fortwirkung der Handlung nach Beendigung der Thätigkeit des Urhebers erfordert.

5) Mittermaier N. Archiv. d. Crim. R. II. S. 615.

6) Selbst dann, wenn der Handelnde die zu ihrer Tauglichkeit erforderlichen Eigenschaften richtig erkannte und deren Vorhandenseyn irrig annahm, z. B. wenn er Zucker zum Zwecke der Vergiftung gab, indem er ihn für Arsenik hielt, scheint

der Straflosigkeit der Vorbereitung dürfte der quellenmäßigen Auffassung angemessener seyn, als der [7]), daß bei demjenigen, der nur das Verbrechen vorbereite, noch kein fester Entschluß zur Begehung anzunehmen sey, während derjenige, welche sich bereits in die zur Ausführung erforderliche Lage versetzt habe, nach psychologischer Erfahrung zum Verbrechen gewaltsam fortgestoßen werde. Die Absonderung der Vorbereitung, als einer straflosen Handlung, von dem strafbaren Versuche, als dem Unternehmen der Haupthandlung, welche die neueren Criminalisten hervorgehoben haben [8]), hat denn auch in meh-

die Annahme eines Versuchs (vgl. Bair. Entw. v. 1827 und 1831. Art. 3. 8. u. §. 47. nebst Motiven; Würtemb. Str. G. B. Art. 12. Hess. Str. G. B. §. 67. Bad. Entw. v 1836. §. 96. Str. G. B. §. 110.) dem Geiste des Art. 178. der P. G. O. nicht zu entsprechen. Denn hier trägt die objective Handlung selber den verbrecherischen Charakter nicht in sich, eben so wenig als wie wenn an ihrem Gegenstande das Verbrechen nicht möglich gewesen wäre, und es mangelt das wesentlichste Moment des objectiven Thatbestandes (vgl. auch Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. I. S. 183 ff.). — Der Fall unterscheidet sich von dem, wo der Handelnde nicht einmal wußte, welcher Eigenschaften das Mittel bedürfe um zum Zwecke zu führen, einzig und allein dadurch, daß auch die Befähigung des Handelnden zur Ausführung, nicht blos, wie im letztern Falle, seine Absicht zur Begehung des Verbrechens an den Tag gelegt ist. Zuweilen ist indeß selbst der letztere Fall, wenn auch im geringern Grade (Hannöv. Str. G. B. Art. 40.), für strafbar erklärt (Norweg. Str. G. B. Cap. 3. §. 4.), oder doch nicht bestimmt von der Strafbarkeit ausgenommen (Hannöv. Entw. von 1825. Art. 47. Norweg. Entw. v. 1832. K. 3. §. 5. Würtemb. Entw. von 1835. Art. 66. Sächs. Entw. Art. 24. und Str. G. B. Art. 26.). Mit ausausdrücklichen Worten wird indeß dieser zweite Fall ausgenommen im Hess. Str. G. B. a. a. O. —

7) Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. II. S. 625. 626. Zachariä a. a. O. I. S. 208 ff.

8) Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. II. S. 602 ff. IV. S. 12 ff. Feuerbach a. a. O. Bauer a. a. O. §. 60. Zachariä a. a. O. I. S. 198 ff. Rossi traité de droit pénal II. ch. 27. „Les préparatifs et le commencement d'exécution sont choses différentes de leur nature." — Eine classificirte Uebersicht der Vorbereitungshandlungen bei

teren neueren Strafgesetzbüchern Eingang gefunden [9]). Andere Gesetze haben indeß diese Absonderung nicht vorgenommen [10]) oder die Vorbereitung für strafbar erklärt [11]), was auch dahin geführt hat, sie als eine Art des Versuchs aufzustellen [12]). Zuweilen scheint man selbst in Ansehung des Grades der Strafbarkeit den Anfang der Ausführung der Vorbereitung parallel gestellt zu haben; indem man sie

---

Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. II. S. 603 ff. Zachariä a. a. O. I. S. 199 ff. — Das Versetzen in eine zum Gebrauche der vorhandenen Mittel geeignete Lage, welches Mittermaier a. a. O. S. 607. zum Versuche zieht, dürfte indeß noch zur Vorbereitung gehören.

9) Entschieden im Würtemb. Str. G. B. Art. 65. Hannöv. Str. G. B. Art. 31. Hess. Str. G. B. Art. 35. Bad. Str. G. B. Art. 108. Vgl. auch Bair. Entw. v. 1822. Art. 46; v. 1827 nebst Motiven, v 1831. In anderen kommt Vorbereitung im Gegensatze der Vollbringung als Gegenstand der Handlung vor: Bair. Str. G. B. v. 1813. Art. 57. Oldenb. Str. G. B. Art. 45.

10) Z. B. Norw. Str. G. B. Cap. 3. Hier bleibt denn freilich, da die Vorbereitung nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist, der Anfangspunkt der Strafbarkeit zweifelhaft. Im franz. Code pénal art. 2. wird das commencement d'exécution als der tentative de crime nachfolgend gedacht (darüber: Lelièvre de conatu delinquendi p. 209—225.), in dem Gesetze v. 28. April 1832. Art. 2. dahingegen als die Art aufgestellt, wie die tentative de crime an den Tag gelegt wird. Vgl. auch Zachariä a. a. O. I. S. 227 f.

11) Preuß. Ld. R. a. a. O. Bair. Str. G. B. v. 1813. Art. 60. 62. Oldenb. Str. G. B. Art. 48. 50. Weimar. Entw. Satz 33. 34. So auch einige Schweizerische Strafgesetze: Zachariä a. a. O. I. S. 227. Not. 2. — Andere beschränken die Strafbarkeit auf die einzelnen Fälle, in denen das Gesetz sie ausdrücklich sanctionirt hat: Würtemb. Str. G. B. Art. 63. Hess. Str. G. B. Art 65. Bad. Str. G. B. Art. 108. Vorbereitung schwererer Verbrechen hat indeß Stellung unter polizeiliche Aufsicht zur Folge, nach Würtemb. u. Hess. Str. G. B. a. a. O. und nach Hannöv. Str. G. B. Art. 35.

12) Bair. Str. G. B. Art. 57. Oldenb. Str. G. B. Art. 45. Weimar. Entw. Satz 32. Hannöv. Entw. Art. 38. (jedoch nicht im Hannöv. Str. G. B.).

mit der Strafe des entfernten Versuches bedrohte [13]), und der entfernte Versuch eben zur Bezeichnung der Vorbereitung gebraucht wird [14]). Allein auch wo man von der richtigen Grundansicht über den Anfang des Versuches ausgegangen, da scheint man dennoch in der Bestimmung des Anfanges des Versuches bei den einzelnen Verbrechen oft noch das Gebiet der Vorbereitung mit hereingezogen zu haben, wie das weiterhin sich ergeben wird [14 a]). Die Ursache davon scheint die zu seyn, daß es an einer festen Bestimmung des Gegenstandes der verbrecherischen Handlung mangelte und man so zuweilen das Mittel, wodurch diese Handlung, der objective Thatbestand, sich in der äußern Sinnenwelt manifestirt, als den Gegenstand jener Handlung betrachtete, z. B. bei Begehung des Landesverrathes durch Ueberlieferung einer Festung an den Feind, diese Festung, nicht aber die Macht und Sicherheit des Landes und seines davon abhängigen Rechtszustandes als Gegenstand der verbrecherischen Handlung ansah. Man scheint dabei übersehen zu haben, daß der objective Thatbestand mancher Verbrechen an und für sich in einer rein intellectuellen Sphäre liegt, eine reine Vorstellung ist, die nur entweder ganz oder gar nicht existiren kann. Denn die Vorstellung ist ein Resultat der Beurtheilung, daher blos qualitativ, und ermangelt der quantitativen Bestandtheile der äußern Sinnenwelt, welche allein ein theilweises Daseyn eines Stoffes gestatten. Nur derjenige That-

13) So nach dem Bad. Entw. von 1836. §. 91. Das Bad. Str. G. B. hat dies indeß durch Hinweglassung des Worts „entfernter" modificirt.

14) Vgl. oben Not. 2. So belegt auch das Bair. Str. G. B. Art. 60. die Vorbereitung mit der Strafe des entfernten Versuchs.

14a) Auch von Zachariä a. a. O. I. S. 200. ist dies bereits bemerkt.

bestand also, der der äußern Sinnenwelt angehört, kann ein theilweiser oder unvollständiger, und wenn seine Unvollständigkeit Folge eines Mißlingens ist, ein versuchter seyn. Der Versuch erfordert also einen Thatbestand, der in einer Handlung besteht, die einen Körper oder eine räumliche Sphäre zum Gegenstande hat. Um aber dem Thatbestande sein richtiges Gebiet anzuweisen, ist es unerläßlich, zu bestimmen, welche Rechtsverletzung das vollendete Verbrechen constituirt, da man nur dann in dem Gegenstande dieses Rechts den unzweifelhaften Gegenstand der verbrecherischen Handlung erkennen und den Punkt feststellen kann, wo sie gegen ihn die verbrecherische Richtung anzunehmen beginnt. Denn, wenn man sagt: „Anfang der Ausführung ist dann vorhanden, wenn mit einer Handlung begonnen worden ist, welche als wirklicher Bestandtheil der im Gesetze bedrohten That betrachtet werden kann, wenn also mit der Gesetzesübertretung selbst schon der Anfang gemacht worden ist [15]); so ist dies zwar richtig. Allein es fehlt an einem durchstechenden Merkmal dafür, wann eine Handlung als ein solcher Bestandtheil betrachtet werden kann? Und der Wille des Urhebers kann nur dafür entscheidend seyn, welche natürliche Qualität seine Handlung annimmt, nicht aber welcher rechtliche Charakter seiner durch sie ausgesprochenen Willensbestimmung zukommt; und von dieser hängt es ab, welches Recht seine Handlung verletzt, und was der Gegenstand der Verletzung ist [16]). Daß aber die Auffassung

15) Zachariä a. a. O. I. S. 203.

16) Ob jemand einem Andern seine Kassette oder seine Uhr entfremdet oder nicht, das hängt von seinem Willen ab; nicht aber gegen welches Recht diese Willensbestimmung gerichtet seyn soll, da dies durch ihr Verhältniß zu der Rechtsnorm bestimmt wird Es steht nicht in seinem Willen, ob die Ausübung von Rechten an dem entfremdeten Gute, die er sich aneignet, Gegenstand seiner Handlung und diebisch, oder nur ein Mittel zur Befriedigung seiner Neugierde seyn soll.

des Verbrechens als Rechtsverletzung dem deutschen Strafsysteme entsprechend sey, wird sich aus dem Bisherigen bereits ergeben haben. So lange übrigens eine Strafgesetzgebung nicht den Versuch als solchen ausdrücklich von dem Verbrechen selber unterscheidet, können auch ihre Strafsanctionen nie dazu dienen, ein Verhältniß zwischen Versuch und vollendetem Verbrechen zu construiren, da dann alle mit Strafe bedroheten Handlungen, welche als Versuche anderer strafbaren Handlungen erscheinen, eigne Verbrechen bilden. Eine solche Unterscheidung ist aber den römischen, so wie den canonischen [17]) und den der P. G. O. vorhergehenden deutschen Strafvorschriften fremd, und sie können also nur für die Frage von Bedeutung seyn: in wiefern Verbrechen durch bloßen Beschluß oder durch erfolgte Thätigkeit vollendet werden? nicht aber für die Frage: in wiefern Versuch eines Verbrechens ein Verbrechen oder strafbar ist?

§. 4.

Einen Versuch kann es da nicht geben, wo blos der allgemeine Rechtszustand, dessen Sicherheit, die Macht welche ihn trägt, oder die in der allgemeinen Anerkennung beruhenden Statusverhältnisse der Einzelnen, als Gegenstand der rechtswidrigen Handlung gedacht werden können. Denn hier ist die Handlung auf einen Zustand gerichtet, von dem der Handelnde als Bürger oder Unterthan selber Träger oder Organ ist, sie ruft ein Mißverhältniß des Handelnden in einer Sphäre hervor, der er selber angehört, und welches daher in dem Augenblicke, wo sein Verhalten der rechtlichen Natur dieses Zustandes widerspricht,

17) Dieses weicht nicht vom römischen ab (Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. II. S. 614. 615.), ist auch in dieser Materie nicht von Bedeutung (Zachariä a. a. O. S. 168 ff. S. 220.).

vollständig hergestellt seyn muß; in einer Sphäre, in der ihrer intellectuellen Natur wegen nichts Theilweises existiren kann. Zwar kann da, wo der Handelnde blos als Organ des Zustandes erscheint, gegen den seine Handlung gerichtet ist, diesen durch den bloßen Beschluß und die Vorbereitung nicht verletzen, weil dieser Zustand nicht von seinem Willen getragen wird. Allein eine theilweise Verletzung kann er nicht begehen, weil sein Verhältniß zu jenem Zustande dennoch immer ein blos intellectuelles ist, und seine Thätigkeit in der äußern Sinnenwelt immer nur ihrer Qualität, nicht aber ihrer Quantität nach, auf dasselbe von rechtlichem Einflusse seyn, und ihre Verschiedenheit daher nur ein Andersseyn, nicht aber ein theilweises Seyn begründen kann. — Selbst wenn eine außer dem angegriffenen Zustande stehende Person mit ihrer Thätigkeit hinzugetreten ist, fehlt es an der Möglichkeit eines Versuches von ihrer Seite, weil diese Thätigkeit immer nur den Charakter der intellectuellen Urheberschaft an sich trägt, die ebenfalls nicht versucht werden kann [1]). Nur in Ansehung der der äußeren Sinnenwelt angehörigen Substanzen, der Körper und der räumlichen Verhältnisse, von deren Daseyn oder Nichtdaseyn die Integrität oder das Verletztseyn jener intellectuellen Zustände abhängt, ist theilweises Daseyn und theilweises Verletztseyn, und Versuch der Verletzung dieser Substanzen, möglich. Aber diese Verletzung ist nicht der Thatbestand des Verbrechens selber; es liegen diese Substanzen immer noch in einer Sphäre, die auch dem Handelnden angehört [2]). Die Einwirkung auf sie an und

1) Vgl. unten §. 6. Not. 2. 3.

2) Geht man vom Standpunkte des Bürgers aus, so gehören dahin auch alle Substanzen, welche Mittel der Staatsmacht nach Außen hin bilden, z. B. Festungen, Truppenkörper, und das landesverrätherische Unternehmen, sie in die Hände des Feindes zu spielen (vgl. z. B. Bad. Str. G. B. §. 590.), begründet dann, sobald es begonnen, das vollendete Verbrechen des Landesverrathes, so daß ein Versuch nicht möglich ist.

für sich selber von seiner Seite kann noch nicht verbrecherisch seyn, weil eine im Gebiete der äußern Sinnenwelt verletzende Thätigkeit eine gewaltsame oder heimliche, d. h. eine dem Willen eines Andern widerstreitende, Einwirkung voraussetzt, die nur in der Sphäre eines Andern, nicht aber in der eignen, möglich ist; und zwar auch dann nicht, wenn diese Sphäre eine gemeinsame oder genossenschaftliche ist. Denn in einer solchen Sphäre finden sich keine objectiven Gränzen zwischen den Genossen gezogen; indem hier ihr Gesammtwille durch alle Theile der Sphäre herrscht [3]). Einzig und allein die Verwirklichung dieses Gesammtwillens kann hier Gegenstand der verbrecherischen That seyn, und das Verbrechen kann hier nur in Opposition des Einzelwillens gegen sie bestehen. Und auch dann, wenn die Genossen nur als Organe des Rechtszustandes erscheinen, dem diese Sphäre der äußern Sinnenwelt angehört, ändert sich dies nur in sofern, daß an die Stelle des Gesammtwillens das Sonderrecht eines Höhern tritt. Immer befinden sie sich in einem ihnen rechtlich zugewiesenen Gebiete ihrer Thätigkeit, diese an und für sich selber kann mit keinem rechtlichen Willen eines Andern im Widerstreite stehen, sondern nur die rechtliche Qualität derselben. — Auf der Gränze zwischen Verletzungen gegen die Verwirklichung des Gesammtwillens oder des die Stelle desselben vertretenden Rechts durch Opposition, und der Verletzungen gegen Substanzen durch Gewalt oder Heimlichkeit, liegt der Betrug; nämlich die Verrückung der Gränze des fremden Einzelwillens, durch Aufhebung des richtigen Verhältnisses der Erkenntniß seines Subjects zur

---

3) Genossenschaft setzt voraus, daß es an einer objectiven rechtlichen Gränze zwischen Mehreren fehlt. Condomini z. B. sind nicht Genossen, weil jeder seinen bestimmten Antheil hat. Was unter Genossen Rechtens ist, kann blos nach der Qualität der Handlung beurtheilt werden.

Wirklichkeit[4]). Die rechtliche Bedeutung dieser Erkenntniß ist die eines Verbindungsmittels zwischen dem Willen des Subjects und der Außenwelt. Jedoch erfordert der Betrug, daß die Herstellung jenes Mißverhältnisses die — Vernichtung der rechtlichen Opposition des Einzelwillens des Betrogenen gegen den Einzelwillen des Betrügers bezweckt[5]). Der Gegenstand dieses Verbrechens besteht in der Verwirklichung des Einzelwillens, ist also dem der Verbrechen gegen den allgemeinen Rechtszustand gleichartig. Allein er bildet eine dem Handelnden fremde Sphäre, die der seinigen rechtlich opponirt ist[6]), deren Gegenstände er also durch bloße Opposition seines Willens nicht verletzen kann, sondern nur durch Handlungen in der äußern Sinnenwelt, die jene rechtliche Opposition von Seiten des Betrogenen ihm gegenüber aufheben, indem er dessen Erkenntniß Hindernisse bereitet. Diese Thätigkeit kann stufenweise fortschreiten, theilweise geschehen und mißlingen, und daher auch versucht werden[7]). Sie beginnt, wo der Erkenntniß des zu betrügenden Subjects das erste Hinderniß bereitet wird, sich im richtigen Verhältnisse zur Wirklichkeit zu befinden, sey es nun durch unrichtige Mittheilungen über sie, oder durch an den Substanzen der äußern Sinnenwelt vorgenommene entstellende Handlungen[8]); und ist geendigt, sobald die Oppo-

4) . . . „dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam: L. 1. §. 2. D. de dolo malo 4. 3.

5) Der Betrüger bestimmt den Willen des Betrogenen zu seinen Zwecken, auch wenn er den Gewinn davon einem Andern zuwendet.

6) Der Widerstreit zwischen mehreren Einzelwillen ist rechtmäßig.

7) So durch falsche Vorspiegelungen: Menzel a. a. O. IV. S. 136.

8) Diese bilden dann unter Umständen eine Art der Fälschung. Vgl. unten §. 12.

sition des Willens des Betrogenen in Ansehung desjenigen Moments aufgehoben ist, hinsichtlich dessen der Betrüger sie zu beseitigen beabsichtigte. Mit dem ersten Hindernisse beginnt der Versuch, mit dem Daseyn der bezweckten Willensbestimmung ist er beendigt [9]). Damit muß denn auch die Vollendung des Betruges gegeben seyn [10]). Allein einestheils wird der Betrug nur dann als widerrechtlich betrachtet, wenn er in der Absicht vorgenommen wird, die Privatrechte eines Andern zu verletzen [11]), so daß der strafbare Betrug in der That einen zweifachen Gegenstand hat; und anderntheils hat dieses Verbrechen, der römische Stellionat [12]), auch in Ansehung seiner Strafbarkeit sich eigenthümlich gestaltet. Nach römischem Rechte gab es wegen desselben eine Strafverfolgung nur dann, wenn sich sein Thatbestand nicht zu einem andern Verbrechen gestaltete, oder in den Thatbestand eines andern Verbrechens übergegangen war [13]); sie stand, als crimen extraordinarium, wahrscheinlich nur dem Verletzten zu [14]), und erfordert, daß nicht blos eine Willensbestimmung bei ihm erweckt, sondern er auch zu einer der verletzenden Ab-

---

9) Wirkliche Täuschung fordert zur Strafbarkeit des Betrugs: Oesterr. Str. G. B. §. 176. Vgl. Menzel a. a. O. IV. S. 132 ff.

10) Denn zum Wesen desselben gehört nicht mehr. Vgl. oben Not. 4.

11) L. 1. §. 2. L. 8. D. de dolo malo 4. 3. Vgl. L. 34. D. eod. L. 14. §. 13. D. quod metus causa 4. 2.

12) L. 3. §. 1. D. stellionatus 47. 20. „Stellionatum autem objici posse his qui dolo aliquid fecerunt, sciendum est: scilicet si aliud crimen non sit, quod objiciatur. quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio."

13) L. 3. §. 1. D. cit.

14) L. 7. pr. D. de incendio 47. 9. §. 10. J. de injur. Birnbaum im N. Archiv des Crim. R. VIII. S. 648. Zachariä a. a. O. I. S. 149.

sicht des Betrügers entsprechenden Handlung bewogen worden [15]). Auch gehört der Betrug nicht zu den peinlichen Verbrechen; und da die Strafe des Versuchs nach der P. G. O. Art. 178. nur eine peinliche ist, der Versuch aber nicht strenger bestraft werden kann, als das Verbrechen selber [16]), so fällt der Versuch des Betruges aus der Reihe der strafbaren Handlungen wenigstens gemeinrechtlich heraus, sofern er nicht das Verbrechen der Fälschung an sinnlichen Merkmalen des Gegenstandes der Erkenntniß constituirt [17]). Nimmt man aber einen strafbaren Versuch des Betrugs an, so kann man ihn nicht erst da beginnen lassen, wo sich die Wirksamkeit der Täuschung in Handlungen des Getäuschten äußert, wenn auch dann, wenn man zur Vollendung des Betrugs eine Benachtheiligung fordert, mit einer solchen Aeußerungnur ein Versuch gegeben seyn kann [18]). Es kann aber auch bei solchen Verbrechen, deren Thatbestand in der Sphäre des Intellectuellen liegt, der Fall eintreten, daß ungeachtet des Daseyns des verbrecherischen Mißverhältnisses die Strafbarkeit desselben erst dann eintritt, wenn es bis zu einem gewissen Grade in der äußern Sinnenwelt ausgeführt worden; wie wenn es nicht als so schändlich angesehen wird, daß der an den Tag ge-

15) L. 36. §. 1. D. de pignorat. act. 13. 7. . . . „cessare . . . stellionatus crimen . . . quasi in nullo captus sit." —

16) Zachariä a. a. O. I. S. 174 ff.

17) Vgl. unten §. 13. Not. 7 ff.

18) Die Ansicht, daß damit der Versuch erst beginne, scheint indeß dem Bad. Str. G. B. §. 475. zum Grunde zu liegen, indem es bei der betrüglichen Verleitung zur Eingehung einer Ehe, welche der Getäuschte als nichtig anfechten kann, erst dann Versuch annimmt, wenn er den Trauschein zu erhalten sucht. Allein es wird auch dann Versuch angenommen, wenn der nicht Getäuschte diese Handlung vornimmt, wobei denn wahrscheinlich vorausgesetzt wird, daß er dies in Folge der Täuschung that, vermöge welcher er sich der Einwilligung des Getäuschten versichert hält.

legte Beschluß schon Strafe verdient [19]). Und dann kann die dem strafbaren Grade vorhergehende Thätigkeit als eine Vorbereitung des strafbaren Verbrechens erscheinen; und es können dann wiederum einzelne Arten dieser Thätigkeit mit Strafen bedroht seyn [20]), die sich aber dann nicht zu Versuchen, sondern zu besonderen Arten von Verbrechen gestalten [21]). In sofern Handlungen blos deshalb, weil sie Andere benachtheiligen, als strafbar erklärt, vom Betruge also nur in sofern verschieden sind, daß sie nicht durch Täuschungen vermittelt werden, muß ebenfalls der Versuch ausgeschlossen seyn; sie können nur angefangen seyn, wenn die benachtheiligende rechtliche Veränderung eingetreten ist, und damit ist auch ihre Vollendung gegeben. Hierher gehört, neben dem Dardanariat und den mit Strafe bedrohten Spielen, der Wucher, der mit dem Abschlusse des wucherlichen Contracts als beendigt angesehen werden muß [22]). Freilich wird in Ansehung des Zinswuchers das Nehmen der Zinsen als das strafwürdige Moment in den Gesetzen genannt [23]). Allein dies dürfte doch in der That mit dem Abschlusse des wucherlichen Zins-

---

19) L. 3. D. de his qui notantur infamia 3. 2. Vgl. L. 16. pr. D. de poenis 48. 19.

20) L. 1. pr. §. 2. D. de extraord. crim. 47. 11.

21) Daß in derartigen Fällen des römischen Rechts zwar formell vollendete Verbrechen, materiell und nach heutiger Auffassungsweise aber Versuche gegeben seyen (Luden a. a. O. S. 31.), kann für diese Art Verbrechen daher nicht angenommen werden. Unter diesen Gesichtspunkt müssen auch die Strafbestimmungen über Verbrechen gegen die Religion, z. B. Apostasie u. s. w. (vgl. Zachariä a. a. O. I. S. 133 ff. Not. 4.), gestellt werden.

22) Nur Versuch nimmt hier an: Feuerbach Lehrb. §. 438.

23) R. P. O. v. 1577. Tit. 17. §. 1. 8. — Jedenfalls würde aber doch nur das Annehmen der Zahlung als der strafbare Grad des bereits durch den Vertrag vollendeten Wuchers betrachtet werden können.

vertrages bereits geschehen seyn. Eine streng juridische Auffassung würde auch dahin führen, daß die Annahme der Zahlung in Folge eines solchen Vertrags gar kein Zinsennehmen sey, weil das Gezahlte eo ipso als Abschlag auf das Capital gilt, oder eine Rückforderung begründet. Eben so würde das in der Mora eines öffentlichen Kassenbeamten bestehende [24]) s. g. crimen de residuis nicht versucht werden können; denn Mora ist entweder ganz da, oder gar nicht.

§. 5.

Bei der Verleitung eines Andern zur Begehung eines Verbrechens, der intellectuellen Urheberschaft, kann, wenn diese Verleitung nicht etwa ein eignes selbständiges Verbrechen bildet, so daß in Ansehung desselben der Verleitete nur als ein Mittel zur Ausführung erscheint, wie bei der Anstiftung eines Aufruhrs [1]), — eine Urheberschaft erst dann beginnen, wenn der Verleitete eine verbrecherische Thätigkeit geäußert hat. — Denn ehe eine solche Thätigkeit ins Leben getreten ist, kann nur von einem consilium delinquendi die Rede seyn [2]); und da hier der intellectuelle Urheber nicht den Entschluß der eignen Begehung faßt, so kann selbst da, wo ein solcher bestraft wird, doch von einer strafbaren Thätigkeit die Rede nicht seyn, so lange jene Thätigkeit des Verleitens nicht eingetreten ist [3]). Denn es mangelt ja noch an jedem Theile des

24) Vgl. Roßhirt Zeitschr. f. Civil- u. Crim. R. S. 113.

1) Vgl. unten §. 9. nach Not. 9.

2) Denn es fehlen ja noch die scheinlichen Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienlich sind.

3) Jedoch hat man hier einen Versuch der intellectuellen Urheberschaft angenommen, bald, wenn die Bemühung vergeblich gewesen, die Einwilligung zur Begehung des Verbrechens zu bewirken (Mittermaier N. Archiv des Crim. R. I.

objectiven Thatbestandes. — Ist aber diese Thätigkeit eingetreten, so ist die Verleitung zwar vollendet, die intellectuelle Urheberschaft aber existirt noch nicht, so lange das Verbrechen nicht vollendet ist, weil sie nur in Ansehung desjenigen bestehen kann, was der intellectuelle Urheber beabsichtigt hat, und dieses nur die Vollendung des Verbrechens seyn kann. Zwar beabsichtigt der, welcher die Vollendung will, auch die Ausführung, aber keineswegen die mißlungene Ausführung. Ein Versuch als solcher ist gar keine Handlung, d. h. keine von einer Person beabsichtigte und ausgeführte Thatsache, sondern nur ein Ereigniß, wovon man nur im physischen Sinne, nicht im rechtlichen, Urheber seyn und in Ansehung dessen ein Auftrag und eine Willensbestimmung nicht denkbar ist; und in sofern der Versuch selbständiges Verbrechen ist, war wiederum Auftrag oder Willensbestimmung nicht auf dieses Verbrechen gerichtet. — Von dem Verbrechen, welches Versuch genannt wird, ist demnach der Versuchende der alleinige Urheber; es giebt in Ansehung der Ausführung eines Verbrechens nur physische Urheber. — In Beziehung auf den Versuch kann daher der intellectuelle Urheber immer nur ein Verleiter seyn [4]), in Beziehung auf die Vollendung aber immer nur Urheber, ein bloßer Versucher. Seine ganze Thätigkeit gehört nämlich der Vorbereitung an, indem er den Beschluß des physischen Urhebers hervorruft, und nachdem er diesen Beschluß hervorgerufen hat, tritt er als Urheber aus aller Verbindung mit der verbrecherischen Thätigkeit heraus; erst die von ihm beabsichtigte

---

S. 178.), bald, wenn diese zwar erlangt, das Verbrechen aber nicht in Folge derselben verübt worden war (Zachariä a. a. O. I. S. 56. 57.).

4) A. M. Mittermaier a. a. O. Zachariä a. a. O., die einen intellectuellen Urheber des Versuchs anerkennen.

Rechtsverletzung fällt ihm, vermöge des Causalverhältnisses seiner vorbereitenden Thätigkeit zu ihr, zur Last. — Zwar wirkt seine Thätigkeit dessen ungeachtet in sofern während der Ausführung fort, als ohne sie diese nicht stattgefunden haben würde. Das könnte aber nur als eine s. g. indirect mittelbare Urheberschaft angesehen werden, die indeß in der That keine wahre Urheberschaft [5]), sondern nur Beihülfe ist. Beihülfe ist aber jene Fortwirkung nicht, weil sie die Ausführung selber nicht unterstützt, sondern nur ein Beweggrund zu derselben ist. — Demnach kann es einen Versuch der intellectuellen Urheberschaft nicht geben. Die Beihülfe fällt dahingegen in eine ganz andere Sphäre, nämlich in die von der Beschlußnahme des physischen Urhebers an bis zur Vollendung [6]), also in ein dem intellectuellen Urheber als solchem fremdes Gebiet [7]). Dennoch aber giebt es keinen Versuch der Beihülfe [8]). Die Beihülfe kann sowohl in Ansehung der vorbereitenden Handlungen als in Ansehung der ausführenden Handlungen stattfinden. Beihülfe zum Versuche ist also möglich, wenn die Beihülfe den Versuch gefördert hat. Versuch der Beihülfe wäre nur in der Art denkbar, daß die Beihülfe die Vorbereitung, den Versuch, oder die Vollendung, überall nicht gefördert hätte. Dann wäre sie aber fruchtlose Vorbereitung und deshalb nicht verbreche-

5) S. auch Zachariä a. a. O. I. S. 55.

6) S. dieses Archiv, Jahrg. 1840. S. 412.

7) Dies gilt auch von der Beihülfe des s. g. indirect mittelbaren Urhebers oder socius principalis, der eben deshalb auch kein Urheber ist.

8) Feuerbach Revision II. S. 241. 248. Zachariä. a. a. O. I. S. 63 f. A. M. Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. I. S. 179. Bauer Lehrb. §. 71. Not. d. Roßhirt Lehrb. §. 31. Heffter Lehrb. §. 85. Hepp Versuche S. 267.

risch [9]), ja in der That gar keine Hülfe, also auch keine Beihülfe. — Es kann also nur die wirksame Beihülfe verbrecherisch seyn, und zwar sowohl in Beziehung auf die Vorbereitung als in Beziehung auf die Ausführung. Allein sie kann es in Beziehung auf die Vorbereitung nur seyn, wenn es zur wirklichen Ausführung kommt, nämlich wenn diese wirklich begonnen, wenn auch nicht vollendet wird. Denn so lange die Thätigkeit des physischen Urhebers sich noch im Gebiete der straflosen Vorbereitung bewegt, kann auch die des Gehülfen dieses Gebiet noch nicht verlassen haben [10]). Er kann erst Gehülfe werden, wenn die Thätigkeit des physischen Urhebers verbrecherisch zu werden beginnt; aber er wird auch schon durch seine vorbereitende Thätigkeit allein Gehülfe, wenn diese dem physischen Urheber bei irgend einem Theile seiner verbrecherischen Thätigkeit förderlich ward. So wie die vorbereitende Thätigkeit des intellectuellen Urhebers durch die Vollendung des Verbrechens zur Urheberschaft wird, so wird die vorbereitende Thätigkeit des Gehülfen Beihülfe, sobald der Thäter durch sie unterstützt die Ausführung unternimmt. — Wer also dem Diebe eine Leiter zum Einsteigen verschafft, wird dann, aber auch erst dann, Gehülfe, wenn der Dieb sich derselben zum Einsteigen bedient. Verbrechen, die als besondere Verbrechen dennoch den Charakter der intellectuellen Urheberschaft oder Beihülfe haben und bewahren, können daher auch nicht versucht werden. Dahin gehört die Kuppelei, welche erst durch die Begehung der Unzucht von Seiten des Ver-

9) Die Annahme eines verbrecherischen Versuchs der Beihülfe scheint ihren Grund in der Vermischung von Vorbereitung und Versuch zu haben.

10) Der physische Urheber muß entweder wirklich Gebrauch von der Unterstützung gemacht haben, oder seine Handlung muß durch sie gefördert worden seyn. S. dies. Archiv Jahrg. 1840. S. 413.

kuppelten verbrecherisch wird [11]). — Durch bloßes rechtswidriges Unterlassen an und für sich selber verletzt man zwar nur den allgemeinen Rechtszustand. Aber man kann sich dadurch in ein urheberisches Verhältniß zu einem gewissen verbrecherischen Erfolge setzen, sofern das Unterlassen die Ursache eines Ereignisses geworden ist, welches als Mittel für diesen Erfolg erscheint, z. B. des hülflosen Zustandes, in den ein Kind durch das Unterlassen seiner Mutter in der Absicht seinen Tod herbeizuführen versetzt worden ist [12]), und dadurch dieses Ereigniß sich zu einer Thätigkeit des Unterlassenden gestaltet. In sofern dann dieses Ereigniß zu einem gewissen Resultate fortschreiten muß, um eine gewisse zum Begriffe eines Verbrechens erforderliche Verletzung herbeizuführen, läßt sich dann ein Versuch denken, der mit dem Gegebenseyn des Ereignisses, z. B. der Hülflosigkeit des Kindes, beginnt. Wenn Nichthinderung von Verbrechen, deren Verheimlichung, die Begünstigung von Verbrechern durch Verheimlichung der zu ihrer Entdeckung geeigneten Anzeigen, Verbergung derselben, Gestattung eines Aufenthalts, Begünstigung ihrer Zusammenkünfte oder ihrer Entweichung, als Verbrechen erklärt sind [13]); so liegt in ihrer Begehung ebenfalls eine Verletzung des allgemeinen Rechtszustandes, so lange man nicht besondere obrigkeitliche Rechte den Unterthanen gegenüber auf Anzeige, Entdeckung, Nichtbegünstigung oder Ergreifung unterscheidet, gegen welche diese Verbrechen gerichtet sind. Und wenn dann dazu das Gelingen einer gewissen Thätigkeit, z. B. der auf Verheimlichung, Verbergung, oder Erleichterung des Entkom-

---

11) Vgl. Feuerbach Lehrb. §. 472. d., und über das Ausgeschlossenseyn des Versuchs: Menzel a. a. O. S. 119.

12) Vgl. Oesterr. Str. G. B. §. 122. Menzel a. a. O. S. 108.

13) Oesterr. Str. G. B. §. 191. 193. 196.

mannigfaltige Abstufungen dieser Entferntheit und Nähe erkannt werden [6]). Sie sind aber in dem Grade abhängig von den Mitteln, welche der Verbrecher wählt, und von den Hindernissen, welche ihm entgegenstehen, daß man, wenn man auch von ihnen die Größe der Strafbarkeit des Versuchs abhängen läßt [7]), sie doch nicht nach durchgreifenden Merkmalen feststellen kann [8]). Bei allen Verbrechen, die keine dem Gebrauche des Mittels nachfolgende Wirksamkeit dieses Mittels oder der Handlung fordern [9]), kann daher keine von der Rechtsverletzung verschiedene Rechtsgefährdung, und kein von der Begehung des Verbrechens selber verschiedener vollendeter Versuch unterschieden werden; und dahin gehören alle Verbrechen, welche übrigens einen eigentlichen Versuch zulassen, mit Ausnahme der Tödtung, der Körperverletzung, der Brandstiftung und der Verursachung einer Ueberschwemmung; und des Betruges, wenn man denselben erst da als vollendet betrachtet, wo er strafbar wird, nämlich wo er noch zu einer andern Rechtsverletzung geführt hat, als diejenige ist, welche schon in der Täuschung liegt. In sofern durch bloßes Unterlassen ein Versuch begangen werden kann, muß schon da, wo er beginnt, die Lage des beendigten Versuchs vorhanden seyn, so daß auch hier die fragliche Unterscheidung

---

6) Vgl. Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. II. S. 602. Luden a. a. O. S. 45.

7) Zachariä a. a. O. II. S. 2. und S. 50 ff., wo ausführlich über die s. g. relative Strafbarkeit des Versuchs gehandelt ist. Dagegen: Luden a. a. O. S. 46.

8) Die Abstufungen, welche die Glossatoren und älteren Criminalisten hier annehmen, umfassen auch die Vorbereitung, und in Ansehung des Versuchs findet man zwar zwei Abstufungen hin und wieder, aber doch nicht mit gleicher Begränzung unterschieden. Vgl. Zachariä a. a. O. I. S. 94 ff. II. S. 10 ff.

9) Keinen Erfolg (Zachariä a. a. O. II. S. 27.) in diesem Sinne.

unanwendbar ist. — Außer Zweifel ist es übrigens, daß bei Verbrechen, die durch bloße wörtliche Willenserklärung oder durch bloße Unterlassungen ohne irgend eine Rücksicht auf deren Erfolg [10]) begangen werden, kein Versuch möglich ist [11]); eben so wenig bei solchen, die überall keine rechtswidrige Absicht erfordern, wie die culpose Tödtung [12]), und bei solchen, die schon als vollzogen gelten, wenn der Gebrauch eines zu dem verbrecherischen Zwecke geeigneten Mittels begonnen hat [13]), also die Rechtsbedrohung oder Rechtsgefährdung der Rechtsverletzung gleich steht.

§. 7.

Die bisherige Ausführung dürfte gezeigt haben, daß es von der Auffassung der Bedeutung eines Verbrechens abhängt, in wiefern ein Versuch desselben möglich ist. Dann muß man sich aber bei der Ausbildungsstufe, auf welchem unser Strafsystem steht, über die Beantwortung dieser Frage nicht selten in Verlegenheit befinden [1]). Schon darüber fehlt es an Einstimmigkeit, ob das Verbrechen als eine Rechtsverletzung zu betrachten sey [2]), oder als eine Ge-

---

10) Etwas Anderes ist die Begehung eines Verbrechens vermittelst der Herbeiführung eines gewissen Erfolgs durch Unterlassungen (vgl. oben §. 5. Not. 11 ff.), was Zachariä a. a. O. I. S. 66 ff. Unterlassungsverbrechen nennt, und dabei einen Versuch annimmt.

11) Menzel a. a. O. S. 106. 108. Nr. I. V.

12) Derselbe a. a. O. S. 107. Nr. III.

13) Derselbe a. a. O. S. 107. Nr. IV.

1) So würde nach der Ansicht von Luden a. a. O. S. 37 ff. da, wo jede strafbare Aeußerung der verbrecherischen Absicht mit gleicher Strafe belegt ist, von einem Verbrechen gar nicht geredet werden, und nicht mit Cropp l. c. p. 36 gesagt werden dürfen, daß der Versuch der Vollendung gleich gestraft werde. S. dagegen Mittermaier N. Archiv I. S. 166.

2) Feuerbach Lehrb. §. 9 ff. Oersted Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 105.

setzesübertretung [3]). Und diese Frage ist für unsern Gegenstand nicht gleichgültig. Denn liegt der verbrecherische Charakter einer Handlung in der Gesetzesübertretung, so kann er erst mit dieser Uebertretung vorhanden seyn, und wenn sie existirt, so kann es keines weitern Erfordernisses zur Vollendung des Verbrechens mehr bedürfen. Alle Handlungen, welche die Gesetzesübertretung bezwecken ohne diesen Zweck zu erreichen, können demnach nur straflose Vorbereitungen seyn; wenn nicht etwa das Gesetz jede Handlung, welche seine Vorschrift zu übertreten bezweckt, für verbrecherisch erklärt, weil es dann auch nicht einmal Vorbereitungen zum Verbrechen mehr geben kann. Das durch die Verübung eines Verbrechens hervorgerufene verbrecherische Verhältniß ist indeß jedenfalls ein Mißverhältniß zur Rechtsnorm [4]). — Wo ein solches Mißverhältniß besteht, da ist auch ein Widerspruch mit dem allgemeinen Rechtszustande eingetreten. Und giebt es nun in der Grundlage des deutschen Rechtszustandes ein Sonderrecht auf dessen Bestehen, so ist jedes Verbrechen jedenfalls eine Verletzung dieses Rechts [5]). Allein diese Verletzung ist wiederum mit jeder strafbaren Handlung, also auch, wenn der Versuch strafbar ist, mit jedem Versuche gegeben, und damit wird in Beziehung auf d i e s e s Sonderrecht die Unterscheidung zwischen Versuch und Verbrechen wiederum aufgehoben; und zwar selbst der Form nach [6]), weil die-

3) T h i b a u t Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie u. s. w. S. 28—33. B a u e r Lehrb. §. 18. M i t t e r m a i e r N. Archiv d. Crim. R. I. S. 168.

4) Vgl. dieses Archiv Jahrg. 1840. S. 410.

5) F e u e r b a c h a. a. O. §. 22. O e r s t e d a. a. O. In sofern ist es denn richtig, wenn man zu jedem vollendeten Verbrechen eine Rechtsverletzung fordert, wie z. B. C r o p p l. c.

6) Der Sache nach ist der strafbar erklärte Versuch immer Verbrechen. Vgl. auch L u d e n a. a. O. S. 7 ff. Von diesem Gesichtspunkte aus kann denn der Versuch nach keiner Straf-

ses Sonderrecht als ein Fundament des allgemeinen Rechtszustandes nur durch dessen Verletzung eine Verletzung erleidet, und in ihm den Einzelnen gegenüber sich mit diesem Rechtszustande identificirt [7]). Es ist aber auch dieser allgemeine Rechtszustand wiederum nichts Anderes als die Gesammtheit aller intellectuellen rechtlichen Zustände, d. h. solcher rechtlichen Verhältnisse, deren Gegenstand blos in der Anerkennung besteht und die eines der äußern Sinnenwelt angehörigen Gegenstandes entbehren, indem sie bloße rechtliche Qualitäten der Subjecte sind; und die Verletzung eines einzelnen Bestandtheils jener qualitativen Gesammtheit muß immer eine Verletzung dieser und kann eben so wenig ein bloßer Versuch der Verletzung seyn, als nach dem, was im §. 3. bemerkt worden, die Verletzung eines blos intellectuellen Zustandes versucht werden kann, wenn nicht etwa, wie im §. 4. zu zeigen versucht ist, ein solcher Zustand einem andern Subjecte ausschließlich angehört, und seine Verletzung durch Herbeiführung eines Mißverhältnisses der Erkenntniß dieses Subjects zur Wirklichkeit herbeigeführt wird. Es muß also in einem Verbrechen noch die Verletzung eines andern, nicht als Fundament oder Bestandtheil des allgemeinen Rechtszustandes erscheinenden Sonderrechts gefunden werden können, welches

rechtstheorie straflos seyn. Ist aber der Versuch in keiner Bedeutung Verletzung, so muß freilich die Theorie der rechtlichen Vergeltung ihn als straflos betrachten. Vgl. Mittermaier a. a. O. I. S. 167 f. Zachariä a. a. O. I. S. 84 f. Unterscheidet man mit Zachariä a. a. O. I. S. 114 ff. diejenige Thätigkeit als Versuch, welche der Verletzung des intellectuellen Zustandes vorhergeht, so wird man immer Vorbereitungen unter den Versuch stellen.

7) Das ist das Wesen der (zuweilen) s. g. Verkörperung des Staats im Herrscher; es ist die Landesherrlichkeit, von welcher die Unterthanen ihre Rechte gleichsam zu Lehn tragen; das Durchherrschen der feudalistischen Idee durch alle rechtliche Verhältnisse.

blos bedroht oder gefährdet seyn kann, während der Rechtszustand und das ihm zum Fundamente dienende Sonderrecht bereits eine Verletzung erlitten haben; wenn die Möglichkeit eines Versuchs gegeben seyn soll. Ein solches Sonderrecht muß denn auch immer einen der äußern Sinnenwelt angehörigen Gegenstand oder Inhalt haben, der den Gegenstand der verbrecherischen Handlung bildet, und den objectiven Thatbestand an die äußere Sinnenwelt fesselt. Abgesehen von den im §. 4. bereits berührten Verbrechen, dürften als solche, denen ihrer Grundbedeutung nach ein solcher Thatbestand fehlt, und nur durch Auffassung derselben in einer specielleren Richtung ein solcher beigelegt werden kann, zu betrachten seyn: Hochverrath, Landesverrath, Aufruhr, Befreiung von Gefangenen, überhaupt diejenigen, welche in einer Opposition gegen die Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt bestehen, Majestätsbeleidigung, Herabwürdigung der Religion und des Gottesdienstes, Injurien und Unsittlichkeiten, sofern sie verbrecherisch sind, Ehebruch und Bigamie, Fälschung, Meineid, Amtserschleichung, und reine Amtsverbrechen. Als solche hingegen, denen unbedingt ein solcher objectiver Thatbestand zum Grunde liegt, stellen sich dar: Tödtung, Körperverletzung, Kinderaussetzung, Abtreibung der Leibesfrucht, Menschenraub, Gefangenhaltung, Nothzucht, Entführung, Anstiftung von Brand oder Ueberschwemmung, Raub, Diebstahl, Unterschlagung [8]).

8) Ueber diese Verbrechen, mit Ausnahme der einfachen Körperverletzung, Menschenraub, Gefangenhaltung und Anstiftung von Ueberschwemmung, enthält denn auch die P. G. O. Bestimmungen; aber auch über manche Verbrechen der erstern Art. Daß der Art. 178. der P. G. O. nur auf solche Verbrechen angewendet werden dürfe, welche dieses Gesetz selber hervorgehoben habe (Luden a. a. O. S. 37.), wird sich aber eben so wenig rechtfertigen lassen, als es gerechtfertigt seyn würde, bei allen Verbrechen, die in der P. G. O. genannt sind, einen Versuch anzunehmen, weil außer ihnen auch noch allgemein der Versuch für strafbar erklärt sey.

§. 8.

Hochverrath und Landesverrath sind ihrem Wesen nach Verletzungen der Fundamente des allgemeinen Rechtszustandes, wozu nicht allein die Verfassung und als Bestandtheil derselben der Regent oder Landesherr, sondern auch die Macht, welche diese Verfassung gegen äußere Angriffe schützt, gehört. Eine verbrecherische Verletzung derselben kann consequent nur von Trägern oder Organen des Rechtszustandes ausgehen, weil nur für sie jene Fundamente die rechtliche Bedeutung von Fundamenten des Rechtszustandes haben, und diese Fundamente nur in ihrer Bedeutung als solche im Rechtssinne verletzt werden können. Sie werden aber eben daher auch nie selbständig, sondern immer nur durch die Verletzung des allgemeinen Rechtszustandes verletzt, indem dessen Träger oder Organe ohne eine Verletzung von diesem überall nicht zu einer Verletzung seiner Fundamente gelangen können, und diese sich daher mit ihm rechtlich identificiren. Nimmt man indeß den allgemeinen Rechtszustand aus der Mitte zwischen dem Handelnden und jenen Fundamenten heraus, und läßt ohne dessen Vermittelung seine Handlung gegen dieselben verbrecherisch seyn, und findet man dann, daß diese Handlung auch im Falle ihres Mißlingens eben so gestraft werde, wie die gelungene That; so wird man freilich diese Erscheinung nicht anders erklären können, als durch die gewöhnliche Annahme, daß hier der Versuch der Vollendung gleich gestraft werde. Allein nach der hier gegebenen Auffassung muß man einen Versuch des Verbrechens selber als ausgeschlossen betrachten. Versuch der Tödtung des Inhabers der Regentengewalt, Versuch solcher Körperverletzung oder Freiheitsberaubung gegen ihn, die ihm die Ausübung der Regentengewalt unmöglich machen würden, begründen demnach das Verbrechen des Hoch-

verraths selber, nicht dessen Versuch. Indeß findet man bald die Ansicht, daß in einem solchen Falle nur ein Versuch des Hochverraths vorliege [1]), und bald findet man selbst solche hochverrätherische, oder, nach neuerer Bezeichnung, landesverrätherische Handlungen [2]), die in der That schon eine Schwächung der heimischen Staatsmacht hervorgerufen haben, wie wenn dessen Heer in eine Lage versetzt worden, wo es dem Feinde preisgegeben ist oder wenn die Unterwerfung des Feindes gehindert ist [3]), als Versuch des Hochverraths bezeichnet [4]). Der bereits hervorgehobene Unterschied zwischen dem Grundwesen der römischen und der germanischen Rechtsverfassung muß aber bei der Auffassung dieses Verbrechens besonders festgehalten werden. Der römische Bürger beging in der That schon durch die bloße feindselige Absicht gegen seinen Staat (hostili animo adversus rempublicam vel principem) [5]) eine Schwächung der Macht desselben; er rief schon dadurch etwas ins Daseyn was die securitas populi Romani, die als Gegenstand des Verbrechens bezeichnet wird [6]), wirksam ergriff; das Verbrechen

1) Oesterr. Str. G. B. §. 53. Menzel a. a. O. S. 109.

2) Der Landesverrath bedarf hier keiner Absonderung vom Hochverrath, da er in der That nur diejenige Art des letztern ist, welche die Integrität des Staates Angriffen von Außen her blosstellt, während diese Integrität doch immer der Gegenstand der verbrecherischen Handlung bleibt.

3) L. 4. D. ad leg. Jul. majest. 48. 4.

4) Luden a. a. O. S. 236. Die Verbindung oder das Einverständniß mit auswärtigen Mächten zur Erregung eines Krieges, ohne daß dieser zum Ausbruche gelangt, wird als Versuch des Landesverraths betrachtet nach Bad. Str. G. B. Art. 598; von Versuchshandlungen in Folge einer Verschwörung redet hier: Hess. Str. G. B. Art. 33; und allgemein vom Versuche: Norweg. Str. G. B. Kap. 9. §. 1.

5) L. ult. D. ad leg. Jul. majest.

6) L. 1. §. 1. D. eod.

war also von ihm vollbracht, sobald der **Entschluß** zur Ausführung dieser Absicht existent geworden war. Denn die letzte Grundlage der Macht eines Staates ist der sein Daseyn bezweckende Wille seiner Bürger, weshalb sie schon ein Verbrechen vollendet haben, sobald sie eine entgegenstehende Willensbestimmung ins Daseyn rufen [7]). Daß es für die rechtliche Bedeutung gleichgültig ist, wie gefährlich eine solche Willensbestimmung des Einzelnen im concreten Falle ist, dürfte sich von selber verstehen. — In einem andern Verhältnisse steht der Unterthan zu der Macht seines Oberherrn, hinsichtlich welcher er nur ein Mittel ist, und daher sie nur dann schwächt, wenn er die **Ausführung beginnt**. Es kann daher Handlungen geben, die von Seiten des Bürgers die Vollendung des Verbrechens constituiren, von Seiten des Unterthanen aber nur eine Vorbereitung für dasselbe enthalten. Dahin

---

7) Die Bestimmung der L. 5. C. ad leg. Jul. maj. 9. 8. „Quisquis ... de nece ... virorum ... cogitaverit (eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri *jura* voluerunt") .. ist demnach ganz dem Bürgerthume entsprechend; und wenn sie auch zu einer Zeit gegeben ist, wo die Reinheit des römischen Bürgerthums wenigstens thatsächlich nicht mehr hervortritt, so zeigt der Ausdruck: jura voluerunt, doch, daß sie aus früheren Zuständen schöpft (vgl. **Zachariä** a. a. O. I. S. 119. 131. Not. 5.. Gleiche Bestimmungen in Beziehung auf den rex oder dux enthalten: Lex Saxon. Tit. III. §. 1. Lex Bajuv. II. c. 1. Leg. Long. Roth. c. 1; wo man das „consiliatus fuerit" auch nicht grade als Verschwörung zu verstehen hat. — Wenn man die Nichtberücksichtigung des Erfolgs dadurch erklären will, daß im Falle eines Erfolges in den meisten Fällen Straflosigkeit eintreten würde, weil derselbe in einer Vernichtung der bisherigen strafenden Gewalt bestehen würde (**Luden** a. a. O. S. 227. 228.), so ist das wenigstens unzureichend. Das „cogitare" wird man indeß hier wenigstens als bestimmte, bereits durch äußere Handlungen bethätigte Entschließung verstehen müssen. Vgl. auch **Luden** a. a. O. S. 16 ff. **Zachariä** a. a. O. S. 17. Not. 1. Wörtliche Mittheilung der Entschließung an Andere, um sie zur Vorbereitung auf beim Eintritte des Ereignisses zu nehmende Maßregeln zu veranlassen, wird indeß hier schon als eine solche Bethätigung betrachtet werden dürfen.

gehört die Veranlassung einer Vereinbarung zu einem thätigen Angriffe auf jene Macht, die Eingehung einer solchen und die Begünstigung des Feindes durch Mittheilungen [8]). Es ist also jedenfalls gegen den Geist der römischen Quellen, sie als Versuche des Hochverrathes zu betrachten. Sie können aber auch, nachdem sie durch Herübernahme jener Quellen auch für den deutschen Unterthanen Verbrechen geworden sind, nicht mehr als bloße Vorbereitungen betrachtet werden. Vielmehr hat ihre wörtliche, keiner Modification unterzogene Herübernahme [9]) dem deutschen Landesherrn ein Recht auf ihre Unterlassung gegeben, und ihre Vornahme ist daher Verletzung seines Rechts, kein bloßer Versuch [10]). In sofern seine Thätigkeit dabei einen andern Gegenstand hat, als den jenem Rechte entsprechendeu Zustand, ist dieser nur Mittel zur Begehung des Verbrechens; und betrachtet man das Fliehen zum Feinde als eine Art des Hochverraths oder Landesverraths [11]), so ist die eigne Person des Fliehenden das Mittel der Begehung, indem er seinem Oberherrn diese, als ein Mittel zur Ausübung seiner Macht, entzieht [12]); eben so wie die Festung oder der Heereskörper, die er in die Hände des Feindes zu überliefern

---

8) L. 1. §. 1. D. ad leg. Jul. majest.

9) Aur. bulla c. 24. Ob der Art. 124. der P. G. O. nicht zu einer andern Auffassung führen müsse, ist eine Frage, die hier übergangen werden kann, da man dem römischen Rechte immer gefolgt ist.

10) Daß hier Versuch und Vollendung unterschieden werden müssen, weil die P. G. O. so unterscheide (Zachariä a. a. O. S. 74.), ist deshalb ohne Grund, weil diese Unterscheidung doch immer nur da stattfinden kann, wo sich vor der Vollendung eine versuchende Thätigkeit findet.

11) L. 3. §. 11. D. de re militari 49. 16.

12) Daher wird auch der Soldat bestraft, wenn er Selbstmord versucht: L. 6. §. 7. D. eod.

unternimmt, ein solches Mittel in jener und dieser Beziehung bilden. Ist Verleitung zu einem solchen Ueberlaufen, oder zur bloßen Desertion, Beihülfe dazu, Erschwerung des Wiederhabhaftwerdens, als besonderes Verbrechen erklärt [13]), so hat dasselbe ebenfalls die Natur des Hochverrathes oder des Landesverrathes [14]), sobald man den Handelnden als den Bürger betrachtet, der seinen Willen mit dem auf die Erhaltung der Macht des Staates gerichteten Gesammtwillen in Opposition setzt. Der Unterthan würde aber eine Schwächung der Macht des Landesherrn erst dann bewirkt haben, wenn er den Willen des Verleiteten bestimmt oder ihm sein Vorhaben erleichtert oder sein Wiederergreifen erschwert hätte; und eine darauf gerichtete Thätigkeit könnte allerdings mißlingen und einen Versuch dieser besonderen Verbrechen begründen, z. B. durch Zureden [15]). Derselbe Gesichtspunkt muß für denjenigen aufgestellt werden, der zum Zwecke der Bestechung einem Beamten etwas anbietet oder giebt [16]). Der Versuch setzt aber auch hier immer die Annahme eines besondern Rechts auf die Integrität des Soldaten oder Beamten oder auf die Dienste des Soldaten voraus, welches bedroht oder gefährdet ist.

---

13) Oesterr. Str. G. B. §. 199.

14) Unter den Verbrechen gegen Daseyn und Sicherheit des Staats: im Hannöv. Str. G. B. Art. 134 ff.; unter Landesverrath, wenn es in Beziehung auf einen Krieg geschieht, im Bad. Str. G. B. §. 601.

15) Menzel a. a. O. IV. S. 139 ff. betrachtet dahingegen das Verbrechen als durch jedes äußere Bestreben zur Verleitung beendigt, findet dagegen in dem Abkaufen der Uniform zur Erleichterung des Entkommens einen Versuch, was doch an und für sich nur eine Vorbereitung seyn kann, während die Verschaffung anderer Kleider zu gleichem Zwecke Versuch bleiben würde, wenn der Soldat verhindert worden, sich derselben zu bedienen.

16) Unter den Verbrechen gegen die Regierung des Staats: Hannöv. Str. G. B. Art. 151.

§. 9.

Der Gegenstand des Aufruhrs ist die Ausübung der Macht oder des Rechts der Staatsgewalt oder des Landesherrn im Staate oder im Lande selber. Gegenstand dieser Ausübung ist der Wille des Bürgers oder das äußere Verhalten des Unterthanen, welche durch sie [1]) zur Gesetzmäßigkeit bestimmt oder gezwungen werden sollen. Seiner Natur nach muß er vollendet seyn, wenn der Wille des Bürgers oder das äußere Verhalten des Unterthanen mit ihr in Opposition tritt. In den römischen Quellen kommt er als besonderes Verbrechen gar nicht vor, sondern fällt entweder unter das crimen majestatis [2]) oder unter das crimen vis [3]). Nach der P. G. O. Art. 127. wird aber dem Aufstifter Anderer zu jener Opposition besondere Strafe gedroht; und da dieses Aufstiften allerdings in sofern versucht werden kann, als man dazu erforderlich hält, daß jene Opposition in der That hervorgerufen worden, so wäre auch ein Versuch dieses Verbrechens möglich, wenn das Verhalten der Aufgestifteten der Gegenstand der verbrecherischen Handlung wäre. Allein wenn die Ausübung jener Macht oder jenes Rechts deren Gegenstand ist, so kann das Verhalten der Aufgestifteten nur als Mittel zur Opposition gegen jene Ausübung gedacht werden. Das Aufstiften ist demnach nur Vorbereitung des Aufruhrs. Der Aufruhr der Aufgestifteten selber ist aber nach dem Art. 127. der P. G. O. als besonderes Verbrechen überall nicht qualificirt, sondern nur Gewalt-

---

1) Jener Wille durch das imperium, dieses Verhalten durch die potestas. Ueber deren Bedeutung: meine Identität und Connexität der Rechtsverh. S. 42. 43. Not. 3.

2) L. 1. §. 1. D. ad leg. Jul. maj. 48. 4.

3) L. 3. D. ad leg. Jul. de vi publica 48. 6.

that [4]), welche sich dadurch besonders charakterisirt, daß sie von einer zusammengerotteten Menge ausgeht. Wenn man nun jene Vorbereitung als Aufforderung zum Aufruhr als ein besonderes Verbrechen constituirt [5]), oder die Aufgestifteten selber einen Versuch des Aufruhrs begehen läßt [6]), so widerspricht das der hier aufgestellten Ansicht nicht. Allein dieser Versuch des Aufruhrs wird in einer Handlung gefunden, die nur dann einen Versuch eines Verbrechens bilden könnte, wenn dessen Vollendung eine gewisse Wirksamkeit jener Handlung erforderte; wie particularrechtlich es zuweilen der Fall ist, indem eine solche Wirksamkeit gefordert wird, die das Einschreiten einer außerordentlichen Macht zur Wiederherstellung der Ordnung erforderlich macht [7]). Gemeinrechtlich kann aber zur Vollendung des Aufruhrs nicht mehr gefordert werden, als daß die zu demselben zusammengerottete Mehrheit durch ein äußeres Verhalten sich gegen die Ausübung der Macht des Staates oder des Rechts des

---

4) Es giebt also gemeinrechtlich kein besonderes Verbrechen des Aufruhrs, wie man anzunehmen pflegt (z. B. Feuerbach Lehrb. §. 201.); wenn man nicht etwa die Erregung des Aufruhrs so nennen will. Allein ob jemand durch Andere oder unmittelbar sich in Opposition gegen die obrigkeitliche Macht setzt, ändert den rechtlichen Charakter der That nicht. Das römische Recht scheint indeß einen Unterschied gemacht zu haben, je nachdem das aufrührerische Verhalten von römischen Bürgern in Rom selber hervorgerufen wurde (L. 1. §. 1. L. 3. D. cit.), oder von Anderen, oder in den Provinzen Unruhen gestiftet oder ausgeführt waren (L. 28. §. 3. L. 38 §. 2. D. de poenis 48. 19. L. 2. C. de seditiosis 9. 30.), oder ob im Heere der Aufstand stattgefunden hatte (L. 3. §. 19. 20. D. de re militari 49. 16.).

5) Bad. Str. G. B. §. 630.

6) Menzel a. a. O. S. 117. 118.

7) Oesterr. Str. G. B. §. 66. Bad. Str. G. B. §. 622. Das österr. Str. G. B. §. 61. unterscheidet davon den Aufstand, wenn die Widersetzlichkeit jenen Grad nicht erreicht hat, sondern es bei bloßer Zusammenrottung geblieben ist.

Landesherrn in Opposition gesetzt hat [8]). Ist kein ausschließlicher Aufstifter vorhanden, so sind die Theilnehmer des Aufruhrs, jeder in Ansehung der übrigen, Aufstifter [9]), und dieser Theil ihrer Thätigkeit hat dann eben so, wie die des ausschließlichen Aufstifters, den Charakter der Vorbereitung. Allein sie hat diesen Charakter nur in Beziehung auf den Aufruhr, nicht aber in Beziehung auf die Opposition gegen die Ausübung der Macht des Staates oder des Rechts des Landesherrn. Diese ist vielmehr mit der aufstiftenden Thätigkeit von Seiten des Aufstifters schon vollendet. Die P. G. O. Art. 127. droht die Strafe denen, die einen Aufruhr des gemeinen Volks machen oder erwecken; und das kann auch von denjenigen verstanden werden, die erfolglos dafür thätig gewesen sind. Und wenn dieses Verständniß das richtige ist, so muß auch das erfolglose Verbreiten aufrühreriſcher Schriften, wenn sie wirklich zum Aufruhr auffordern, die Strafe der Aufstiftung zum Aufruhr nach sich ziehen. Auf keinen Fall aber ist das richtig, wenn man es für strafbar erklärt, und dennoch den Verbreiter die Strafe des Aufrührers oder Aufwieglers nur dann treffen lassen will, wenn ein Aufruhr durch seine Handlung wirklich erregt ist [10]). Wenn man das Duell nicht etwa als Mordversuch und beziehungsweise als Mord, sondern als ein besonderes Verbrechen betrachtet, so kann es ebenfalls nur als eine Opposition gegen die obrigkeitliche Gewalt aufgefaßt werden;

---

8) Die unnöthige Unterscheidung zwischen Tumult im engern Verstande, der blos hindernd, und zwischen Aufruhr im engern Verstande, der positiv erzwingend der obrigkeitlichen Macht gegenübertritt (Feuerbach a. a. O. §. 204.), ist auch darauf ohne Einfluß.

9) Im Grunde ist dann die Gewaltthat von einem stillschweigenden Complotte begleitet.

10) So indeß Henke N. Archiv des Crim. R. II. S. 561. 563. 564.

und von diesem Standpunkte aus kann eben so wenig hier, als beim Aufruhr, wenn man den angegebenen Standpunkt festhält, von einem Versuche die Rede seyn. Nimmt man aber ein besonderes Recht der Obrigkeit auf ein ruhiges Verhalten der Unterthanen, auf Unterlassen des angriffsweisen Gebrauchs von Waffen an, und betrachtet jene Verbrechen als gegen die Gegenstände dieser Rechte gerichtet; so verlegt man den Thatbestand in die Sphäre der äußern Sinnenwelt, und dann wird allerdings ein Versuch möglich. Das erfolglose Aufstiften zum Aufruhr gestaltet sich dann als Versuch des Aufruhrs [11]), während der Aufruhr dann vollendet ist, sobald jenes ruhige Verhalten in ein unruhiges verwandelt worden ist; und der Versuch zum Duell beginnt, sobald die Combattanten bewaffnet auf die Mensur getreten sind [12]), es ist aber mit dem ersten Hiebe, Stoße oder Abdrücken des Feuergewehrs von Seiten des einen Theils für beide vollendet: indem auch derjenige, welcher sich in dem Kampfe selber nur vertheidigt, doch, vermöge der vorhergegangenen Uebereinkunft, intellectueller Urheber des Angriffs seines Gegners ist. — In gleicher Weise muß auch bei den übrigen Verbrechen, welche sich als eine Opposition gegen die Ausübung der Macht des Staates oder des landesherrlichen Rechts charakterisiren, die Möglichkeit eines Versuches davon abhängen, daß man sie als gegen einen der äußern Sinnenwelt angehörigen Gegenstand gerichtet betrachtet, und so dem Thatbestande eine dessen theilweise

11) Einen Versuch des Aufruhrs nimmt auch an: Menzel a. a. O. S. 115 ff.

12) Denn jetzt haben sie eine angriffsweise Stellung eingenommen, die Waffen aber damit noch nicht gebraucht; während sie, so lange sie sich nur an dem Orte des Zweikampfes eingefunden haben, in welchem Falle das Bad. Str. G. B. Art. 328. die Strafe des Versuches stattfinden läßt, sich noch in der Vorbereitung befinden.

Existenz vermöglichende quantitative Eigenschaft beilegt. Hierher gehört die bereits erwähnte Befreiung Gefangener; ferner die in den neueren Strafgesetzbüchern vorkommende Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt [13]); der Landzwang, der wohl weder als ein Versuch des Landfriedensbruchs betrachtet werden darf, noch als eine gegen die Einzelnen gerichtete Gewalt [14]) oder Bedrohung [15]) mit Strafe belegt ist; die in den neueren Strafgesetzbüchern vorkommende Landstreicherei [16]) und Rückkehr Verwiesener [17]); so wie öffentliche Gewaltthat überhaupt. Bedrohungen können übrigens nur entweder Vollendung der öffentlichen Gewaltthat [18]), oder rechtlich gleichgültig, nie aber Versuch einer solchen Gewaltthat seyn [19]).

---

13) Vgl. v. Jagemann in dies. Archiv Jahrg. 1842. S. 593 ff. Zachariä ebend. Jahrg. 1843. Nr. III. XV. Kitz ebendas. Jahrg. 1846. S. 412 ff. Bad. Str. G. B. §. 615 ff. Einen Versuch nimmt dabei an: Menzel a. a. O. S. 119, z. B. durch ungestümes Eintreten in das Amtszimmer.

14) S. indeß Wächter Lehrb. II. S. 144.

15) S. indeß Zachariä a. a. O. I. S. 197.

16) Bad. Str. G. B. §. 639, welches dabei zweimalige Bestrafung wegen Herumziehens außerhalb des Wohnsitzes in zwei Jahren zur criminellen Strafbarkeit fordert.

17) Oesterr. Str. G. B. §. 83. Menzel a. a. O. III. S. 122 f.

18) Nämlich wenn das consilium schon als Vollendung gilt. So wenn jemand Menschen zur Gewaltthat vereinigt, oder zur Gewaltthat gerüstet mit der Absicht sie zu verüben auftritt: L. 3. L. 4. L. 10. D. ad leg. Jul. de vi publica 48. 6. Pauli R. S. V. 26. §. 3. Einen Versuch findet hier indeß, vom Standpunkte der heutigen Auffassungsweise aus: Zachariä a. a. O. I. S. 119 ff.

19) Nur wenn eine Rechtsverletzung gegen den Einzelnen als öffentliche Gewaltthat qualificirt wird, wie nach österr. Strafrechte. Vgl. Menzel a. a. O. S. 119, der indeß auch Vorbereitungen dahin zieht. —

IV.

Betrachtungen über das Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergerichte und dem Criminalgerichte zu Berlin zu führenden Untersuchungen, vom 17. Juli 1846.

Von

Abegg.

Durch zwei im Laufe dieses Sommers (1846) ergangene Gesetze über das Verfahren sind in Preußen erfreuliche Fortschritte gemacht und die Hoffnungen auf baldige durchgreifende Verbesserungen erweckt worden. Vom 17. Juli 1846 ist das „Gesetz, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Criminalgericht in Berlin zu führenden Untersuchungen", welches mit dem 1sten October d. J. in Kraft getreten ist (§. 132. des Gesetzes), und unter dem 21. Juli 1846 erschien die „Verordnung über das Verfahren in Civil-Prozessen", welche für alle Provinzen der Preußischen Monarchie, in denen die Allgemeine Gerichts-Ordnung Kraft hat, und zwar vom 1. December d. J. an in Wirksamkeit treten soll. (Einl. und §. 39. der Verordnung.)

Beiden gemeinsam ist die Ausdehnung des Grundsatzes der Mündlichkeit und einer wenngleich noch beschränkten Oeffentlichkeit, welche bereits — im

bürgerlichen Verfahren durch die „Verordnung über den Mandats-, summarischen- und Bagatell-Prozeß vom 1. Juni 1833" Anerkennung gefunden, und in der Erfahrung sich bewährt hatten; ferner, was damit unmittelbar zusammenhängt, eine größere Beschleunigung des Ganges des Verfahrens sowohl als der rechtlichen Beurtheilung, und nicht minder mehrere erhebliche, zugleich das materielle oder Prozeß-Recht betreffende Bestimmungen, die für wesentliche Verbesserungen gelten können, deren nähere Angabe jedoch nur in Verbindung mit einer Betrachtung des Inhalts dieser Gesetze und einer Vergleichung mit dem bisher in Geltung gewesenen Rechte möglich ist.

Von der Verordnung, welche das bürgerliche Rechtsverfahren zum Gegenstande hat, hoffe ich an einem andern Orte sprechen zu können. Ueber das Gesetz betreffend das strafrechtliche Verfahren beabsichtige ich in dieser, für das Criminalrecht in der umfassendsten Bedeutung bestimmten Zeitschrift, einige Bemerkungen niederzulegen, welche der Theilnahme auch der nicht Preußischen Leser empfohlen seyn mögen.

Einige Erinnerungen an die frühere Gestalt des Verfahrens mögen die Betrachtungen über die neu angeordnete Verfahrensweise einleiten.

Das bisher in deutschen Ländern gesetzlich vorgeschriebene und üblich gewesene Verfahren, wie es auf der gemeinrechtlichen Grundlage besteht, hat stets die Gerechtigkeit zum Inhalt und Zweck gehabt. Welche Vorwürfe demselben vom Standpunkte der Kritik aus zu machen seyen, es ist dieses von Kennern und gerechten Beurtheilern niemals bestritten worden. Die Angemessenheit, selbst die Rechtmäßigkeit einzelner den Prozeß betreffender Vorschriften ließ sich bezweifeln, das Verfahren im besondern Falle — also wo die Schuld die Individuen traf — konnte häufig gemißbilligt werden, aber man

mußte anerkennen, daß die Gesetzgeber nichts Anderes bezweckten, als die gerechte Anwendung der Gesetze durch ein dieselbe sicherndes Verfahren, und daß sie sich in Betreff der Geeignetheit des herkömmlichen, und zeitgemäß verbesserten, wenigstens in gutem Glauben befanden. Dasselbe gilt unter anderm auch von der Preußischen Strafprozeßgesetzgebung [1]). Diese hat sich bis auf die neueste Zeit nicht von den früher beobachteten Grundsätzen entfernt, und wie entschieden und eifrig unsre Fürsten es bei jeder Veranlassung ausgesprochen haben, daß sie es als eine ihrer höchsten Pflichten sich angelegen seyn lassen, Gerechtigkeit zu handhaben und zu diesem Zweck ein gerechtes Verfahren vorzuschreiben und beobachten zu lassen — dennoch findet sich nirgend eine Ahnung der erst in unsrer Zeit ausgesprochenen Ansicht, als sey auf dem bisherigen Wege die Erreichung jenes Zieles unmöglich, als könne dies nur auf dem Wege einer gänzlichen Umgestaltung des Prozesses und auf einer von der bisherigen wesentlich verschiedenen Grundlage geschehen [2]). Es ist nothwendig, und ganz besonders in der jetzigen Zeit, wo der Streit der Parteien und das politische Interesse, dessen Recht wir nicht in Abrede stellen, wo es wirklich anzuerkennen ist, sich der Fragen bemächtigen, von deren Lösung die gedeihliche Rechtspflege abhängt, daß man sich über die hier obwaltenden Verhältnisse gehörige Rechenschaft gebe. Man muß die

1) Vgl. meinen Versuch einer Geschichte der Brandenburg-Preußischen Strafgesetzgebung. Berlin 1835. S. 81. f.

2) „Die schlimme Justiz schreyt gen Himmel — und wenn ich's nicht verändere, so lade ich selber die Verantwortlichkeit auf mich" — diese bekannte Aeußerung Königs Friedrich Wilhelm I. hatte keineswegs den Sinn, daß den Gebrechen der Rechtspflege durch die Aufnahme jener Principien, an die man damals nicht dachte, abgeholfen werden könnte und sollte. S. darüber meine kritische Anzeige der Schrift von Laue: Der mündliche öffentliche Anklage-Prozeß ꝛc. in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. 1842. S. 681.

Richtigkeit vieler gegen unser Verfahren vorgebrachten Einwendungen zugestehen, wir wollen es bereitwillig dem erkannten Bessern opfern; aber wir müssen nicht minder ihm die gebührende Gerechtigkeit widerfahren lassen. Wären alle Vorwürfe gegründet, die man derselben jetzt, oft von einem durchaus dem Rechte fremden und einseitigen Standpunkte machen hört, wäre in dem s. g. druckschriftlichen Verfahren selbst und unmittelbar ein nothwendiger Grund der Unmöglichkeit die Gerechtigkeit zu üben und walten zu lassen; so müßte man die früheren Gesetzgeber, und deren Rathgeber, die Landstände und alle Betheiligten, mindestens einer unverzeihlichen Kurzsichtigkeit, eines schwer zuzurechnenden Irrthums zeihen, wenn man nicht vollends ihre gute und gerechte Absicht in Zweifel ziehen wollte.

Es sind zwei verschiedene Gesichtspunkte, der rechtliche und der politische, von welchen aus über den Werth des Verfahrens und die beabsichtigten oder geforderten Verbesserungen zu urtheilen ist. Die Berechtigung des letzten darf um so weniger in Abrede gestellt werden, je mehr man anerkennen muß, daß das Strafverfahren in einem noch umfassendern Sinne, als dies bei dem Rechte überhaupt der Fall ist, eine politische Seite habe. Allein, wo es sich um Recht und Gerechtigkeit handelt, wo dem Prozeß, ungeachtet aller ihm gebührenden Anerkennung, doch nicht eine absolute Selbstständigkeit und ein Werth für sich, sondern zunächst die Bedeutung eines Mittels zum Zwecke — der Verwirklichung der Forderungen der Gerechtigkeit — zuzugestehen ist, da darf die rechtliche Seite nicht als eine untergeordnete, da muß diese als die hauptsächlichste betrachtet werden [3]).

3) Meine kritischen Betrachtungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten. 1844. Th. I. S. 27 fg.

Bekanntlich aber hat man den Streit, der seit einer längern Zeit schon mit Lebhaftigkeit geführt, und noch immer ohne die Hoffnung einer baldigen und durchgängigen Verständigung fortgesetzt wird, vornehmlich vom politischen Standpunkte aus begonnen. Da ist es denn erklärlich, daß Partei-Interessen und auch solche Rücksichten sich zu behaupten suchen, die nicht nur neben dem Rechte Geltung haben, sondern sogar gegen dasselbe sich geltend zu machen streben. Bei der rein rechtlichen Betrachtung können die Ansichten verschieden seyn, aber sie haben doch in dem Rechte selbst einen gemeinsamen Ausgangs- und Zielpunkt — es ist der im Begriff des Rechts liegende Charakter der Unparteilichkeit, der sich auch bei solchem Streit nicht ganz verläugnet. Dagegen die blos politische Ansicht ist wandelbar: sie hängt mehr von gegebenen geschichtlichen Verhältnissen ab, und so wie sie mit diesen eine veränderliche ist, so wird sie es in noch höherem Grade seyn, wo sie, ohne solchen gegebenen Voraussetzungen und Zuständen eine Berechtigung zuzugestehen, in unmittelbarer Abstraction eine praktische Anerkennung in Anspruch nimmt. Man darf nur daran erinnern, daß die Fragen über die Grundlagen des Verfahrens, auf die man immer wieder zurückkommen muß, über den Werth der Mündlichkeit, Oeffentlichkeit, der Anklageform, und was damit in Verbindung steht, nicht durch die Theorie, nicht durch die von Seiten einer gesetzgebenden Behörde zu treffende Wahl zwischen verschiedenen möglichen Systemen und den diese bedingenden Principien an die Tages-Ordnung gebracht sind, sondern daß sie vielmehr in der Weise, wie sie geschichtlich sich uns dargeboten haben, durch die neuere französische Gesetzgebung für uns eine Bedeutung erhalten haben. Während der Periode des Rheinbundes war das französische Recht in mehrern deutschen Staaten eingeführt, in andern

die Einführung desselben beabsichtigt; nach der Auflösung und den neuen Friedensschlüssen ist es in den wieder an Deutschland zurückgefallenen Landestheilen, die vorübergehend zu Frankreich gehört hatten, fortwährend in Gültigkeit geblieben. In diesen beiden Zeitabschnitten, dem ersten, der das Streben bezeichnet, die Herrschaft des französischen Rechts so weit als nur möglich auszudehnen, dem andern, wo man mit Zurückweisung des französischen Einflusses schleunigst zu dem ältern und nicht überall wünschenswerthen Rechtszustand zurückkehrte — haben politische Rücksichten sich geltend zu machen gesucht; aber sie waren durchaus verschiedener Art von denen, die später hervortraten und die auch jetzt stattfinden. Wenn jetzt für Mündlichkeit, Oeffentlichkeit, für Schwurgerichte, theils die größere Zweckmäßigkeit und Sicherheit, theils die politische Berechtigung des Volkes als betheiligt bei der Rechtspflege vielfach behauptet worden, so waren es — wie die Geschichte jener Zeit lehrt — keineswegs diese Rücksichten und Gründe, die den französischen Machthaber bestimmten, den unter seiner Autorität erschienenen neuen Gesetzbüchern ein weiteres Gebiet der Anwendung zu verschaffen. An Recht und Gerechtigkeit und eine den Volks-Interessen sich zuwendende Politik dachte man dabei nicht. Dies gilt insbesondere von den Staaten, die nicht, wie die jetzt im engern Sinne s. g. Rheinprovinzen, das französische Recht als integrirende Bestandtheile der Republik, und nachher des Kaiserreichs, überkommen hatten. Bei letzten tritt noch ein anderer Gesichtspunkt ein, der unserer Betrachtung ferne liegt. Damals waren es die vaterländisch, die Deutsch Gesinnten, es waren die, welche in jener Periode der Unterdrückung am Vaterlande nicht verzweifelten, und welche die geschichtliche und volksthümliche Bildung des Rechts erkannten, die sich der Einführung der fremden Gesetzgebung nach Kräften ent-

gegenstellten; die auf die Nachtheile und den innern Widerspruch einer solchen, durch Willkür bedingten Aufnahme ausländischer Rechts-Einrichtungen aufmerksam machen zu müssen glaubten [4]). Die wirklichen oder angeblichen Vorzüge des einheimischen Rechts bestimmten sie so wenig bei dem Widerstreben gegen die Einführung der Gesetzgebung der Fremdherrschaft, als dies der Fall war bei der Wiederherstellung des frühern Rechtszustandes, wo dieser durch die Einführung des französischen Rechts vorübergehend aufgehoben worden war. Aus dem Recht selbst, und dem Inhalt der Gesetzbücher, insbesondere über das Verfahren, wurde damals nicht der Grund der Empfehlung oder der Mißbilligung unternommen; es war eine Frage der Politik, und auch hier nicht der Rechts-, sondern der Staats-Politik und des Verhältnisses zum Auslande. Erst nach den Friedensschlüssen und den durch diese herbeigeführten Länder-Abtretungen, und als sodann in Folge derselben die Regierungen die Rechtsverfassung zum Gegenstande ihrer Sorge machten, insbesondere in den Rheinprovinzen, unterwarf man jene vorgefundenen Einrichtungen einer Prüfung, bei der sich nicht blos politische Rücksichten für und wider geltend machten, sondern auch der Werth der Principien und der darauf gegründeten Rechtsinstitutionen für sich in Betracht gezogen wurde. Zunächst geschah dieses in Beziehung auf die neu oder wieder erworbenen Provinzen in Betreff der Frage: ob hier das seit einer Reihe von Jahren in Geltung gewesene (französische) Recht sollte beibehalten, oder abgeschafft und einheimisches an dessen Stelle gesetzt werden? Wer denkt hierbei nicht an die trefflichen Gutachten der Königl. Preuß. Immediat-Commission, welche sich durchgängig

4) v. Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1814.

für den Fortbestand der vorgefundenen Rechts-Einrichtungen und des Verfahrens insbesondere erklärten! Die Regierungen haben diese dort aufrecht erhalten, das Volk hat sie, selbst mit ihren Mängeln, und ungeachtet derselben lieb gewonnen, es betrachtet sie jetzt als ein kostbares, auch politisches Kleinod, und nachdem diese nunmehr unter deutscher Herrschaft weit über das Doppelte des Zeitraums in Wirksamkeit sind, als sie unter französischen Einflüssen galten, so kann man wohl sagen, sie seyen geschichtlich mit dem Volksleben verwachsen, sie haben auf dem deutschen Boden Wurzel gefaßt, sie seyen wirklich zu einheimischen Rechts-Einrichtungen geworden, auch wenn man der Behauptung, daß sie in ihrem ganzen Umfange altgermanischen Ursprunges seyen, entgegentreten muß.

Dabei konnte es nicht sein Bewenden haben. Je mehr auf der einen Seite der Werth und Vorzug des dortigen Verfahrens (denn nur von diesem soll nunmehr die Rede seyn und wieder vornehmlich nur von dem strafrechtlichen) behauptet wurde und zum Theil auch sich bewährte, auf der andern Seite in den Ländern des deutschen Rechts, wo ein auf Grundlage der gemeinrechtlichen Principien beruhendes Verfahren in Uebung war, sich das Bedürfniß der Verbesserung fühlbar machte und die Thätigkeit der Gesetzgebung in Anspruch nahm, um so unabweislicher war die Frage: ob nicht durch weitere Aufnahme und Einführung der jetzt s. g. Rheinischen Gesetzbücher abgeholfen werden könne? Es soll hier nicht die Geschichte des theoretisch- und praktisch-legislativen Streits genauer verfolgt werden: ich nehme nur so viel, von dem was neuerlich so oft und in ausführlichen Werken von so verschiedenen Gesichtspunkten aus besprochen worden ist, hier auf, als für die Aufgabe, die ich zu behandeln mir vorgesetzt habe, nöthig erscheint. Jene Frage aber ist immer wieder aufgeworfen worden, nachdem die

andere wegen etwaniger Einführung des Rechts der östlichen Provinzen der Monarchie, in der Rheinprovinz in verneinendem Sinne beantwortet worden ist.

Wenn jedoch die triftigsten Gründe dafür sprechen mußten, den Rheinprovinzen das bisherige Recht und Verfahren zu belassen, und, (da sich wohl von selbst verstand, daß nicht von einer Rückkehr zu der Gerichtsverfassung und den Rechts-Einrichtungen die Rede seyn kann, welche vor Aufnahme der französischen Gesetzbücher bestanden hatten) — nicht das Recht der übrigen Preußischen Landestheile in einem Augenblick dort einzuführen, wo man die Nothwendigkeit einer Reform ausgesprochen, letztere vorbereitet hatte; so waren aber auch nicht minder die erheblichsten Gründe dagegen, daß umgekehrt das Rheinische Recht zum Allgemeinen erhoben werden sollte, wie es wohl hie und da in gutem Eifer, aber ohne genügende Kenntniß und in einer Ueberschätzung des Werths jener Gesetzbücher in Vorschlag gebracht worden war. Dieser Werth beruht, was das Verfahren und zunächst das strafrechtliche, anlangt, in den Principien und den in der Hauptsache durch dieselben bedingten Bestimmungen und Einrichtungen — keineswegs aber allgemein in dem Inhalt der Werke, die der Verbesserung, und nicht blos von der rechtlichen Seite, dringend bedürftig sind[5]).

Dadurch ist der Streit, oder vielmehr der Gegensatz der Ansichten in ein theilweise anderes Gebiet versetzt worden. Es handelt sich nicht um Beibehaltung oder Einführung des französischen Rechts, sondern um Principien, die, obschon sie in diesem eine frühere Anerkennung ge-

---

5) Meine angef. kritischen Betrachtungen über den Preuß. Entwurf eines Strafgesetzbuchs Abth. I. S. 19. — Göbel: Was der Criminalgesetzgebung in Preußen am dringendsten Noth thut, und dazu meine Betrachtung in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft 1839. S. 611 fg. und J. 1842. S. 685.

funden haben, doch demselben nicht ausschließend angehören; und um ein auf solche gebautes zeitgemäßes Verfahren, welches, die Frage nach dem geschichtlichen Ursprunge einstweilen bei Seite gesetzt, an sich, und nach der Bedeutung, in der die Gesetzgebungspolitik es nimmt, nicht minder Anspruch hat, für ein einheimisches zu gelten, als etwa das jetzt bei uns übliche, welches, wie es meist an die Stelle des altdeutschen Verfahrens trat, vorzugsweise als ein fremdes, dem geistlichen und weltlichen Römischen Recht entlehntes, anzusehen war. Man hat eine Zeitlang den Lobrednern des hergebrachten Rechts, oder vielmehr den Gegnern der andern Verfahrensweise den Vorwurf gemacht, sie verwechselten bei der Frage über die Principien das auf dieser Grundlage zu bestimmende Verfahren mit dem französischen; sie entlehnten ihre Einwendungen aus den Mängeln dieses letztern, welche ja auch von der andern Seite als solche erkannt wurden, wodurch aber nichts gegen die Principien und deren bessere, auch für unsere Verhältnisse angemessene Durchführung bewiesen würde [6]). Es lag darin etwas Wahres, sowohl was die Thatsachen, als die daraus abgeleitete Folgerung betrifft. Aber die Billigkeit gebietet, nicht zu übersehen, daß dazu ein besonderer Grund gegeben war. Das in den Rheinprovinzen bestehende Verfahren, war wirklich die sichtbare Darstellung einer auf die geforderten Principien gegründeten Procedur, und müßte somit wohl überall als Beispiel gelten, oder als das bezeichnete angenommen werden, wenn von neuer Gestaltung auf einer von der einheimischen verschiedenen Grundlage die Rede war: außerdem wurde auch oft genug auf dasselbe ausdrücklich verwiesen, und die unmittelbare Aufnahme und Uebertragung nahe gelegt. Das eng-

---

6) Meine angef. kritischen Betrachtungen S. 38 fg.

lische Verfahren — wenngleich demselben in mancher Hinsicht ein Vorzug und bedingungsweise höherer Gehalt zuzugestehen war, lag für das theoretische Verständniß und die praktische Anschauung bei weitem ferner — es ist erst wieder in der neuesten Zeit Gegenstand größerer Aufmerksamkeit und des wissenschaftlichen Interesses geworden [7]). Ohnehin mußte das staatliche und politische Band, zwischen deutschen Ländern des alten einheimischen und des französischen Rechts, mehr zu Gunsten dieses letztern als des englischen sich bethätigen. Alles dies ist daher auch vorzugsweise in den letzten Jahren mehr, und in — ich möchte sagen — concreterer Weise (zum Unterschied von den abstracten Verbesserungstheorieen) zur Sprache gekommen, seitdem die Vorarbeiten der Gesetzgebungs-Commission, die sich auf das Strafrecht und auf das Strafverfahren bezogen, nach mehrmaligem Wechsel, als Ergebniß zuerst den Entwurf des Strafgesetzbuches geliefert haben, welcher der Oeffentlichkeit übergeben, in den acht Provinzen des Königreichs auf den im J. 1843 versammelt gewesenen Landtagen der Gegenstand der Berathung geworden ist, mit dem sich auch, mehr als irgend einem andern neuern Entwurfe, die öffentliche Kritik von den verschiedensten Standpunkten aus beschäftigt hat [8]). Damals kam unter anderm zur Sprache, in wiefern bei dem nahen Zusammenhange des s. g. materiellen Strafrechts und des Verfahrens es angemessen und ausführbar sey, ein Strafgesetzbuch zu publiciren, ohne gleichzeitig über das Verfahren eine Ordnung zu erlassen, und ferner wurde

7) Vgl. Henry J. Stephen Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens, übersetzt — von Ernst Mühry. Göttingen 1843.

8) Eine vollständige Zusammenstellung der Literatur in der (nicht im Buchhandel erschienenen) ungemein sorgfältig gearbeiteten Revision des Entwurfes des Strafgesetzbuches von 1843. Berlin 1845. S. XIV — XIX.

namentlich von der Seite her, wo man durch die neueren Entwürfe das Fortbestehen eines Rechtszustandes für gefährdet hält, auf den man unter den obwaltenden Umständen noch größern Werth legen zu müssen glaubte, das Verfahren gerade zum Mittelpunkt gemacht, von welchem aus man auch das Strafgesetzbuch zu beurtheilen habe. Was an dieser Ansicht richtig und wohlberechtigt, was irrig und eine theils überhaupt, theils von einem besondern politischen Standpunkte aus, ungegründete Voraussetzung sey, welche dann zu Folgerungen führen mußte, denen wir bei einer unbefangenen Würdigung der Sache unsre Zustimmung nicht geben können, habe ich früher schon ausführlicher nachgewiesen und nehme auf die desfallsigen Erörterungen hier Bezug [9]).

Die Zeit hat hier, wie öfters, ein Recht ausgeübt und etwas gut gemacht, indem der Streit in der Hauptsache auch ohne eine durchgreifende Entscheidung mittelbar beseitigt wurde. Die Einführung eines neuen Strafgesetzbuchs für Preußen, und zwar eines für alle Theile des Königreichs geltenden, ist gewiß ein allgemein anerkanntes Bedürfniß. Aber dieses ist doch nicht in dem Maaße dringend, daß, wie Manche behaupteten, die unveränderte Annahme des sofort mit Gesetzeskraft zu versehenden Entwurfes vom J. 1843 nothwendig und für einen unwidersprechlichen Fortschritt zu halten sey. Die Vorzüge des Entwurfs wird kein Kenner des im Landrecht Th. II. Tit. 20. enthaltenen Strafrechts in Abrede stellen. Aber dieses, das schon für seine Zeit und den damaligen Zustand nicht einmal billigen Forderungen überall entspricht, und weit hinter andern Theilen der damaligen Preußischen Gesetzgebung zurücksteht [10]), kann jetzt nicht zum Maaß-

9) S. oben Not. 3.

10) S. meine Abhandlung in den kritischen Jahrbüchern für die R. W. Jahrg. 1838. S. 549 fg. J. 1841. S. 455 fg.

stab der Beurtheilung und zur Vergleichung dienen. Man muß es der Sorgfalt unsrer Regierung, der Gründlichkeit, mit der das Gesetzgebungs-Ministerium verfuhr, aufrichtig danken, daß es den von verschiedenen Seiten ausgesprochenen Bemerkungen und Erinnerungen über den Entwurf eine Aufmerksamkeit widmete, die der Wichtigkeit der Sache entsprach [11]). So ist ein vielfach umgearbeiteter Entwurf entstanden, in welchen manches, nach den Anträgen der Stände und einsichtsvoller Beurtheiler abgeändert und umgestaltet aufgenommen worden ist. Von diesem revidirten Entwurfe vom J. 1845, der zuvörderst noch mehrere Stadien durchzumachen hat, bevor die öffentliche Stimme sich über ihn wird vernehmen lassen können, muß ich mir für jetzt versagen, hier mehr zu sprechen. Ich gedenke seiner nur im Zusammenhange mit dem Gegenstande meiner Betrachtung. Der Umstand nämlich, daß der Entwurf nicht alsbald zum Gesetz erhoben werden konnte, sondern mit beträchtlichem Zeitaufwande auf's Neue in Berathung gezogen werden mußte, kam auch dem Verfahren zu Statten, welchem sich in der Zwischenzeit gleichfalls eine erneute Thätigkeit zugewendet hatte, nachdem mehrere frühere Entwürfe zurückgelegt worden waren [12]). Was bei Gelegenheit des Strafgesetz-Entwurfs über das Verfahren bemerkt worden war, was gleichzeitig in andern Ländern, wo Entwürfe über letzteres vorlagen, wie in Baden, Württemberg, Sach-

11) S. Note 8.

12) Vom Revisor vorgelegter Erster Entwurf der Straf-Prozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten. Berlin 1828. 4. Dazu Motive. Berlin 1828. (250 S. 4.). - Entwurf der Straf-Prozeß-Ordnung für d. Preuß. Staaten. Berlin 1829. 4. Revidirter Entwurf der Straf-Prozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten. Berlin 1841. 8. Dazu Motive (als zweiter Theil). Berlin 1841. (sämmtlich außerhalb des Buchhandels).

sen, zur Sprache gebracht wurde, in Kammer-Verhandlungen und in Schriften, das konnte auch in Preußen nicht unbeachtet bleiben [13].

So sind wir denn nun auf einem andern befriedigendern Standpunkt angelangt. Die Regierung, die Staatsgesetzgebung hat sich immer nur für die Principien erklärt, welche in der neuern Zeit die öffentliche Stimme für sich gewonnen haben: und wie verschieden auch bei Einzelnen die Motive, so wie die Wege seyn mögen, von denen aus sie zu dem Ergebnisse gelangt sind, welches in dem neuesten Prozeßgesetze niedergelegt ist, — es ist eine nicht unwichtige und erfreuliche Thatsache, es ist eine höchst beachtenswerthe Erscheinung, daß Gesetzgeber, Richter und Rechtslehrer in der Billigung desselben übereinstimmen und die öffentliche Meinung ihnen zur Seite steht.

Bevor ich nun dazu übergehe, unser neuestes Gesetz zu betrachten, will ich noch Einiges über die Art und Weise vorausschicken, wie die frühere Gesetzgebung über die Principien sich ausgesprochen hat, in sofern sie dazu bei der Darlegung von Motiven zu den Entwürfen Veranlassung erhielt. Man mag es, wenn man die schleunige Erledigung eines praktischen Bedürfnisses für die erste und wichtigste Rücksicht erklärt, gegen welche alle übrigen zurückstehen müßten, allenfalls beklagen, daß eine Reihe von Jahren, daß mehr als zwei Jahrzehende seit dem Beginn der Gesetz-Revision abgelaufen sind ohne das gewünschte Ergebniß der Reformen in allen Theilen des Rechts, und insbesondere des Verfahrens. Allein dem billigen Beurtheiler wird nicht entgehen, daß die Zögerung

---

13) Literatur: in meiner Kritik des Preuß. Entwurfs des Strafgesetzbuches S. 33. Mittermaier, die Mündlichkeit rc. Stuttgart u. Tübingen 1845. S. 1 fg. Zachariä, über die Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens. Göttingen 1846. S. 9 fg.

nicht von der Art sey, um Jemandem zum Vorwurfe zu gereichen. Der mancherlei äußeren Schwierigkeiten, die mit Ausarbeitung, Prüfung, dann der Einführung neuer Verfahrensarten verbunden sind, will ich so wenig gedenken, als der großen Vorarbeit, welche die mit einer neuen Procedur verbundene Umgestaltung der Gerichtsverfassung, der Competenz-Verhältnisse 2c. nothwendig macht; ich will hier nicht ausführen, welche weitläuftige Untersuchungen schon die Feststellung des in den einzelnen Landestheilen so sehr verschiedenen Zustandes in Betreff der Patrimonial-Gerichtsbarkeit, des eximirten Gerichtsstandes, der, nach manchfachen Rücksichten, nicht nur in einzelnen Provinzen und Ober-Gerichtsbezirken, sondern selbst in einzelnen Gerichten, verschiedentlich bestimmten Zuständigkeit theils für die Untersuchung, theils für die Beurtheilung nöthig macht. Obgleich sich vom rechtspolitischen Gesichtspunkt sehr gegründete Bedenken gegen das Fortbestehen einer solchen Gerichtsverfassung erheben lassen — selbst unabhängig von der Unvereinbarkeit derselben mit einem auf andern Grundlagen gebauten Verfahren — so sind dies doch Einrichtungen, die nicht sofort, nach dem Princip des Nutzens, abgeschafft werden können. Wir dürfen zwar denselben kein unbedingtes Recht, gegenüber einem höhern, das sich jetzt geltend zu machen strebt, zugestehen; aber wir müssen doch auch bei ihnen eine Seite des Rechts anerkennen, und nach dieser sie selbst dem Rechte unterstellen. Für die uns näher liegende Frage, was zu einer guten Rechtspflege, zu einem zeitgemäßen rechtlichen Verfahren unerläßlich sey, mag allerdings jene Rücksicht auf Bestehendes, dessen Mangelhaftigkeit überdies eingeräumt wird, als eine untergeordnete erscheinen. Hat man sich über die Grundlagen einer neuen Prozeß-Gesetzgebung einmal entschieden, und ist damit auch die Bestimmung über die nothwendigen Aenderungen

in der Gerichtsverfassung gegeben, so bleibt die Frage über die geeignete Weise der Aufhebung der bisherigen Rechte der Gerichtsbarkeit, über die zu gewährende Entschädigung, einer andern Erörterung und einer andern Behörde anheimgestellt, als welche für die Ausarbeitung der Prozeß-Gesetz-Entwürfe berufen ist.

Aber für eben diese liegt doch auch hierin ein ihre Aufgabe erschwerender Gegenstand der Thätigkeit. Ferner erforderten die Principienfragen — auch ohne Rücksicht auf die Beseitigung der erwähnten Collision alter bestehender Rechte und der beabsichtigten neuern Gestaltungen — wie es wohl nicht geläugnet werden kann — die reiflichste Erwägung, und nicht blos vom juristischen Standpunkte aus. Wäre die Entscheidung über alle jene Fragen so leicht, so unmittelbar gegeben, wie Manche behaupten, so dürfte man annehmen, daß sie längst überall mit Erfolg getroffen sey; denn gegen die am Tage liegende Wahrheit, die sich die gebührende Geltung verschafft, giebt es keinen dauernden Widerstand. So ist es aber nicht. Auch würde es ungerecht seyn, das was jetzt immer mehr zur allgemeinen Anerkennung gelangt, in dem Sinne als eine schon früher auch für die einheimischen Zustände festgestellt gewesene Wahrheit auszugeben, daß man berechtigt wäre, dem Widerspruch irgend einen andern Grund unterzulegen, als den der Ueberzeugung vom Gegentheil, oder mindestens eines Zweifels, der noch jetzt nicht für Alle, und gänzlich gehoben ist. Die Gerechtigkeit gebietet dieses eben so, wie sie es andrerseits nicht gestattet, bei den Vertheidigern der neuen Principien ein anderes Streben, als das der gründlichen Verbesserung unseres Strafverfahrens zu suchen.

Das ist es aber nicht allein. Wenn in dem neuesten Gesetze ein entschiedener Fortschritt sich bekundet, so wird dieser eben dem eingeschlagenen besonnenen Gange

und dem Umstande verdankt, daß man Bedenken getragen hat, den Entwürfen, die, auf die älteren Principien des bisherigen Untersuchungs-Verfahrens gegründet, im Verhältniß zu der Criminal-Ordnung unläugbare und nicht geringe Verbesserungen enthielten, Gesetzeskraft zu verleihen, und dadurch für eine lange Zeit den Grundsätzen, die so vielfach angefochten worden sind, ihre Geltung zu sichern. Die Geschichte unserer Gesetzgebung giebt Zeugniß, daß man zu der Aufnahme der neuen Grundsätze nicht plötzlich, sondern nur allmählig und nach der reiflichsten Ueberlegung gekommen sey. Es ist dies von großer Bedeutung. Der Werth der Umgestaltung, mit welcher jetzt ein entschiedener Anfang gemacht ist, wird erhöht durch den Kampf — wenn man hier diese Bezeichnung brauchen darf — welchen dieselbe gegen ein bis dahin wohl berechtigtes älteres Princip zu bestehen hatte, er wird erhöht durch den Umstand, daß man zuvor den Versuch gemacht hat, auf einem andern, dem frühern Wege, eine zeitgemäße Abhülfe zu bewirken, und in dieser Hinsicht verdienen auch die, nicht zur Schlußberathung und Einführung gelangten Entwürfe, der Beachtung. Diese und die Motive zu denselben bekunden den Aufwand von Fleiß und geistigen Kräften, den sittlichen Ernst, den man der Aufgabe gewidmet: es wird der Umstand, daß jene Entwürfe keine weitere Folge gehabt haben, daß die angenommenen Grundsätze jetzt andere haben weichen müssen, nicht das Urtheil bestimmen, das, nach jener Seite hin, ein durchaus anerkanntes seyn muß. Aus dem reichen Materiale, das mit eben so viel Sorgfalt gesammelt, als mit Umsicht benutzt worden, ist auch für die Gesetzgebungs-Politik viel zu lernen. Finden wir nun, daß schon seit langer Zeit, und vom Anfange der neuen und vorbereitenden legislativen Arbeiten an, die Principien, nach denen unser neuestes Gesetz ausgearbeitet ist, zur Sprache

gebracht, und von angesehenen Praktikern und Geschäftsmännern, die den älteren Landestheilen angehörten, ja von ganzen Landes-Justiz-Collegien vertreten und nachdrücklich vertheidigt worden seyen, so werden wir in der ihnen jetzt zu Theil gewordenen Anerkennung, der ihnen beigelegten praktischen Geltung, eine Gewährleistung für den fernern Gang der Strafprozeß-Gesetzgebung und die Bürgschaft eines wohlbedachten Fortschreitens zu entnehmen berechtigt seyn, welche höher anzuschlagen sind, als eine augenblickliche s. g. Concession an eine öffentliche Stimme, der man, wie sehr sie auch Beachtung verdient, doch nicht allein und ausschließlich die Entscheidung über Fragen aus Gebieten zugestehen darf, wo noch andere Organe eine Mitwirkung, und von Rechts wegen, haben müssen.

Eine kurze Betrachtung über die wichtigsten Momente unserer Prozeß-Gesetzgebung wird dies bestätigen. Einiges schöpfe ich aus einer amtlichen Mittheilung [14]), Anderes aus andern zuverlässigen Quellen, aus den Entwürfen und Motiven selbst, deren Benutzung mir durch die dankbar anzuerkennende Bereitwilligkeit unserer Justizministerien möglich geworden ist. Die verschiedenen Arbeiten, deren hohen Werth ich bereits bezeichnet habe, sind der Oeffentlichkeit nicht alle übergeben worden, und ich nehme billig Anstand, sie ihrem Inhalte nach zum Gegenstand einer Erörterung zu machen. Aber der äußere geschichtliche Gang, das worauf es hier ankommt, für die allmählige Aufnahme der Grundsätze, die in dem Gesetz vom 13. Juli 1846 ausgesprochen sind, ist kein Geheimniß, insbesondere seitdem einer unserer ausgezeichnetsten hochgestellten praktischen Rechtsgelehrten in einer so eben mir zu-

14) Aktenmäßige Darstellung der Preußischen Gesetz-Revision. Vom Staats-Minister von Kamptz. Berlin 1842.

kommenden lehrreichen Schrift aus dem Schatze seiner Erfahrungen als Mitglied einer der früheren Gesetz-Commissionen, und aus den Motiven, als deren Verfasser er sich bekennt, Mittheilungen gemacht hat, deren Interesse durch die Bezugnahme auf die neueste Gesetzgebung vermehrt wird [15]).

Wir finden hier die Bestätigung, daß für die Form des Anklage-Verfahrens, für die Staats-Anwaltschaft, für die Oeffentlichkeit des Verfahrens und eine dadurch bedingte Mündlichkeit, schon längst, und namentlich schon im J. 1828, wo ein Entwurf mit Motiven vorgelegt worden ist, sich bedeutende Stimmen unter den Mitgliedern der Gesetz-Commission, insbesondere der oben erwähnte Referent, und mehrere Gerichtshöfe des Königreichs erhoben haben [16]). Es wird dabei in Erinnerung gebracht, daß Klein, der an der frühern Gesetzgebung so thätigen Antheil genommen, sich bereits vor jetzt 64 Jahren, für ein öffentlich-mündliches Verfahren erklärt habe [17]), daß schon im J. 1811 das Königl. Justizministerium einen Commissarius nach Magdeburg gesandt, um das in dem damaligen Königreich Westphalen eingeführte öffentlich-mündliche Verfahren kennen zu lernen und über dessen praktischen Werth ein Gut-

15) Dr. F. E. Scheller, Oberlandesgerichts-Chef-Präsident in Frankfurt a. d. O., „Aeußerungen über das Gesetz, betreffend das Verfahren in dem bei dem Kammergericht und dem Criminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen, vom 17. Juli 1846, und die Verordnung über das Verfahren in Civil-Prozessen." Frankfurt a. d. O. und Berlin 1846.

16) a. a. O. S. 7 fg. Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten Ersten Entwurfe der Straf-Prozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten. Berlin 1828. S. 8.

17) Vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit I. S. 67. Neu herausgegeben durch Böhmer: Klein's Gedanken von der öffentlichen Verhandlung der Rechtshändel. Göttingen 1825. Scheller a. a. O. S. 39. Motive rc. S. 19 fg.

achten zu erstatten. Das Ergebniß desselben, welches der damalige Justizminister in einem Immediatberichte vom 6. August 1811 an den König ausdrückte, war durchaus den Erwartungen entsprechend, die man von jenem Verfahren hegte. Die unmittelbar darauf eingetretenen politischen Begebenheiten, die Kriege rc. mußten alle Thätigkeiten, alle Kräfte und Mittel, zunächst und längere Zeit nachher für die Erledigung anderer dringenderer Bedürfnisse, bei einer gebieterischen Nothwendigkeit, in Anspruch nehmen, so daß erst, und zwar zunächst für das Allgemeine Landrecht und die Gerichts-Ordnung — eine Revision für erforderlich erklärt wurde, „um beide den Veränderungen anzupassen, die seit ihrer Publication vorgefallen waren." Dies geschah durch die Cabinets-Ordre vom 3. Nov. 1817 [18]), und wurde näher bestimmt durch die Cabinets-Ordre vom 24. Julius 1826 [19]). In Betreff des Strafrechts erging an den Justizminister Grafen Dankelmann am 14. Nov. 1826 eine fernere Cabinets-Ordre, durch welche damals weit weniger eine neue durchgreifende Gesetzgebung, als eine behutsame Verbesserung des Bestehenden auf seiner Grundlage empfohlen, insbesondre die behauptete „gänzliche Untauglichkeit des landrechtlichen Strafsystems" als keineswegs zweifellos dargestellt wurde [20]). Aehnliche Grundsätze machten sich auch bei der Revision des Strafverfahrens geltend. Die Zeit der vollen Anerkennung der für uns neuen Principien war noch nicht gekommen; zwar die Motive lassen ihnen theilweise Gerechtigkeit widerfahren in den Berathungen, in den Aeußerungen einzelner Mitglieder der Gesetz-Commissionen, in den Erklä-

18) Gesetzsammlung d. J. S. 289.

19) v. Kamptz Aktenmäßige Darstellung S. 295 fg.

20) Abgedruckt in v. Kamptz Aktenmäßiger Darstellung rc. S. 298 fg.

rungen mehrerer Landes-Justiz-Collegien werden sie vielfach richtig und unbefangen gewürdigt; aber es behaupten sich praktisch, und unter dem Einflusse politischer Rücksichten, die bisherigen Grundsätze als die überwiegenden, und die verschiedenen Entwürfe von Strafprozeß-Ordnungen sind sämmtlich auf letztere gegründet; nur ist, anderer unläugbaren Verbesserungen auf den früheren Grundlagen nicht zu gedenken, eine allmählige, wenn schon immer nur unbedeutende Annäherung an eine Verfahrensart nicht zu verkennen, bei welcher dem urtheilenden Gerichte wenigstens einigermaßen die Möglichkeit einer unmittelbaren, nicht lediglich aus den Akten, und hier wiederum nur aus dem Vortrage eines Referenten, geschöpften Kenntniß der Sache gewährt wird [21]).

Es wird nun Gegenstand der weitern Darstellung seyn, die hervortretenden Grundsätze zu bezeichnen, durch welche das neue Gesetz, in Verhältniß zu dem bisher und in den übrigen Gerichtsbezirken gültigen Verfahren Epoche macht.

Wir nehmen das Gesetz selbst zur Grundlage der Betrachtung, die sich zunächst an die in dem ersten Titel: „Von dem Verfahren bei Untersuchung der Verbrechen" [22])

---

21) Schon der Entwurf von 1828 verordnet ein solches Verfahren §. 443 – 448. Motive S. 178 fg., etwas beschränkter (indem die mündliche Verhandlung nur wo das Gericht es für zweckmäßig hält, angeordnet werden kann), der Entwurf vom J. 1829. §. 276 fg., wiederum erweitert in dem Entwurf vom J. 1841. §. 317 fg. Motive S. 127 fg.

22) Man könnte glauben, zu dieser Rubrik und ihrem Inhalt mache den Gegensatz das, was über das Urtheil in erster und fernerer Instanz verordnet wird, zumal nach den Worten von §. 1. „Die Vorschriften dieses Titels sind bei allen wegen Verbrechen zu verhängenden Untersuchungen anzuwenden, deren Einleitung und Führung dem Kammergerichte und dem Criminalgerichte zu Berlin zusteht." Allein der Inhalt des Titels geht weiter und umfaßt das Verfahren überhaupt in seinem ganzen Umfange. In jener Ueberschrift

unter Nr. I. §. 2—23. aufgestellten „Allgemeinen Vorschriften" anknüpfen soll. Hier wird es jedoch mit Rücksicht auf den Unterschied einer wissenschaftlichen kritischen und einer legislativ-praktischen Aufgabe erlaubt seyn, von der Ordnung des Gesetzes einigermaßen abzuweichen.

Für den organischen Zusammenhang der Lehre bieten sich dar: die gerichtliche Vor-Untersuchung und die gerichtliche (Haupt-) Untersuchung — eine Unterscheidung, welche ausdrücklich im §. 14. angegeben wird; bei der letzten insbesondre, als dem das Urtheil vorbereitenden Verfahren, die durch die Form des Anklage-Prozesses gebotene mündliche contradictorische Verhandlung zwischen dem Ankläger (Staatsanwalte) und dem Angeklagten oder dessen Vertheidiger; ferner bei der Urtheilsfällung die Unmittelbarkeit der Anschauung von Seiten der erkennenden Richter, vor welchen jenes mündliche Verfahren Statt findet (§. 15.): hiebei in Betreff der Entscheidung der Thatfrage das Wegfallen der bisherigen positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise (§. 19.), und für die rechtlichen Folgen die Abschaffung der außerordentlichen Strafe bei unvollständigem Beweise und der Entlassung von der Instanz (§. 20.), so wie die bisher in gewissen Fällen vorgeschrieben gewesene „Bestätigung des richterlichen Urtheils durch den Justizminister", welche (nach §. 23.) nicht ferner Statt findet.

---

ist der Nachdruck auf das Wort „Verbrechen" zu legen. Den Gegensatz machen Polizei-Vergehen. Der zweite Titel (§. 111—129.) handelt von „dem Verfahren bei Untersuchung der Polizei-Vergehen" gleichfalls in jenem umfassenden Sinne.

An diese neuen aufgenommenen Principien reihen sich dann die einzelnen Bestimmungen, meist als nothwendige Folgen und Ergebnisse, z. B. die Veränderungen in der Lehre von den Rechtsmitteln — einige auch mehr selbstständig, und so, daß sie selbst für ein auf die bisherigen Grundsätze gebautes Verfahren nach den Forderungen der Zeit hätten um so mehr ausgesprochen werden müssen, als sie schon längst in anderen deutschen Strafprozeß-Ordnungen eine Anerkennung gefunden haben, die ihnen nur die Praxis nicht selten verweigert hat, z. B. (§. 18.) „Zwangsmittel jeder Art, durch welche der Angeklagte zu irgend einer Erklärung genöthigt werden soll, sind unzulässig" — wobei man allerdings sich mit Berufung auf die (vielfachen Bedenken unterliegenden) Vorschriften über die s. g. Ungehorsams-Strafen entschuldigen mochte.

Das Gemeinschaftliche für die Untersuchung im engern Sinn im Gegensatz der Beurtheilung, und diese selbst, ist die bereits erwähnte Mündlichkeit und die (wenngleich beschränkte) Oeffentlichkeit des Verfahrens.

Nach diesen Hauptgesichtspunkten soll nunmehr unser neues Verfahren geschildert werden. Es ist aber nothwendig, selbst zum Verständniß dessen, was über die Vor-Untersuchung zu bemerken seyn wird, über Anklage-Form und Staats-Anwaltschaft Einiges vorauszuschicken, oder mit diesen den Anfang zu machen.

Die Verfolgurg des Verbrechens findet Statt in der Form des Anklage-Verfahrens, welches hier in der Bedeutung genommen wird, die sich überall in der neuern Zeit, und in dem Gegensatz zu dem alten Accusations-Prozeß, behauptet. Diese Form ist der zeitgemäße Ausdruck und die Geltendmachung des Untersuchungs-Princips, wenn man unter letzterm den Grundsatz ver-

steht, daß nach unmittelbarer, von Partei-Interesse und subjectiver Willkür unabhängiger Forderung des die Gerechtigkeit handhabenden Staats der Uebertreter der öffentlichen Strafgesetze zur gebührenden Verantwortung gezogen werde. Ein Verfahren von Amts wegen findet noch immer Statt [23]), und dies ist in einer Nothwendigkeit gegründet, welche Die verkennen, die dem heutigen Accusations-Prozeß eine andere Bedeutung beilegen — auch selbst ein Untersuchungs-Verfahren, welches die unerläßliche Vorbereitung für die eigentliche Anklage ist. Aber das Strafgericht soll nicht mehr unmittelbar zur Untersuchung schreiten, und gewissermaßen mit den Pflichten einer solchen die Geschäfte und Pflichten der Anklage und der Vertheidigung vereinigen — vielmehr wird dem Gerichte, in der Beschränkung auf eigentliche richterliche Thätigkeit, seine wahrhafte Stellung jetzt wiedergegeben. Dagegen ist die Anklage und beziehungsweise die Herbeiführung der Untersuchung (§. 1. 2. 5. 6. 7 fg.) bestimmten Beamten, zunächst dem Staatsanwalte und dessen Gehülfen (§. 2. 25.), als besondre Amtspflicht übertragen. Der „Staatsanwalt soll aus der Zahl der zum höhern Richteramte befähigten Beamten bestellt werden" (§. 2.). Allein diese und die seiner Aufsicht und seinen Anweisungen unterworfenen Gehülfen „gehören nicht zu den richterlichen Beamten, sie sind in ihrer Amtsführung nicht der Aufsicht der Gerichte, sondern des Justizministers unterworfen und müssen den Anweisungen desselben Folge leisten" (§. 2. 3.).

Bleiben wir einstweilen bei diesen Bestimmungen stehen. Ich will hier nicht wiederholen, was ich in andern Abhandlungen ausführlicher über die zu Grunde gelegten

23) Im Gegensatz der Fälle, wo nur auf Antrag bestimmter, einen solchen zu stellen berechtigter Personen, verfahren werden soll (§. 10.).

Principien bemerkt habe, und was von Andern seitdem dafür oder dawider erinnert worden ist [24]). Wir können uns sofort an die Ergebnisse halten und diese mit Rücksicht auf das nach der Criminal-Ordnung Statt findende Verfahren prüfen.

Man wird nicht umhin können, schon in den Vorschriften, deren bisher gedacht ist, einen sehr bedeutenden Fortschritt zu erkennen. Wenn für das von Amts wegen einzuleitende Verfahren (als Regel, und von den Fällen also abgesehen, wo der Antrag einer bestimmten zur Rüge des Vergehens berechtigten Person abzuwarten ist) — angeführt werden kann, daß dadurch im unmittelbaren Interesse der Gerechtigkeit die Uebertretung verfolgt, und demnach, ohne daß der Staat, dem die Aufrechthaltung von Recht und Gesetz obliegt, Partei nehme, die Untersuchung geführt werde, deren Ziel kein anderes sey, als Wahrheit und Recht — so läßt sich, unbeschadet des Zugeständnisses der in dieser Auffassung enthaltenen Wahrheit, bemerken, daß die Festhaltung des Standpunktes steter Unparteilichkeit — ich will nicht sagen unmöglich [25]), aber doch höchst schwierig sey, indem in der von Amts wegen eingeleiteten Untersuchung und deren Fortsetzung, bei der eigenthümlichen Stellung der Inquirenten, mehr oder minder ein Parteinehmen zu besorgen, mindestens der Verdacht desselben kaum zu entfernen sey. So wird also in der Anwendung, (und wie große Ausartung läßt nicht

24) Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung. 1841. S. 42. und meine kritischen Betrachtungen über den Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg. 1839. Einleitung. Was dagegen H. A. Zachariä in der Note angeführte Schrift S. 23 fg. erinnert hat, vermag mich — ungeachtet ich dessen Darstellung in ihrem gebührenden Werth anerkenne und mich vielfacher Uebereinstimmung freue — doch nicht durchgängig zu überzeugen. S. noch Mittermaier a. a. O. S. 281 fg.

25) S. die angeführten Motive S. 9.

jenes Princip zu, wenn wir auch nicht Alles, was ein vielleicht selbst aus Eifer und Pflichttreue zu weit gehender Untersuchungs=Beamte zu verantworten hat, dem Gesetz zur Last legen dürfen,) jene geforderte Unparteilichkeit häufig nicht erreicht, es wird nicht dem (scheinbaren) Einwande begegnet, daß es sich für den Staat und die Regierung nicht zieme, Partei gegen den Angeschuldigten zu nehmen, der in ihrer Gewalt steht und von ihnen Recht erwartet. Wenn der Staat, in einer bestimmten Gestalt dargestellt, ein Interesse hat, die Verfolgung des Schuldigen zu verlangen, wenn wir uns dasselbe auch durchaus nicht von dessen Pflicht, die Gesetzesübertretung zu ahnden, getrennt denken, da ist es ihm erlaubt als Partei aufzutreten. Aber eben damit ist denn auch die nothwendige Bestimmung gegeben, die Staatsgewalt, welche das Verbrechen verfolgt, und die eigentliche richterliche Gewalt, vor welcher zum Zweck des gerechten Urtheils das Verfahren Statt findet, gehörig und so zu scheiden, daß die verschiedenen Momente des Prozesses, die verschiedenen Thätigkeiten, die sich daraus ergeben, an verschiedene Personen und Behörden vertheilt, hervortreten. Der anklagende und die Untersuchung veranlassende Staatsanwalt ist Partei, aber nicht gegenüber dem Recht, welches er selbst vertritt, sondern dem Angeklagten — es ist wesentlich, daß das Gericht, rein seiner Bestimmung, das Recht und nur dieses zu handhaben, getreu, zwischen beiden in der Mitte stehe. Der Staatsanwalt ist Partei, nicht als individuell und für seine Person und in seinem Interesse Verletzter, sondern als der das Recht vertritt, aber in einer Weise und unter Voraussetzungen, wo er die Entscheidung über die Sache, die Anwendung des Gesetzes auf den Fall, den er unterstellt, einer andern Behörde, dem Gerichte, überlassen muß. Möge man sagen, der Staat ist es, der durch seinen Anwalt das

Verbrechen verfolgt, die Wirksamkeit des Gesetzes herbeiführt, derselbe Staat ist es, welcher untersucht und urtheilt. Gut; aber je mehr dies gegründet ist, desto mehr macht sich die Nothwendigkeit geltend, daß dieses durch verschiedene Organe des Staats geschehe, und es giebt dies noch ein Bedenken mehr, gegen ein Verfahren, wo eine Behörde, oft eine und dieselbe Person die verschiedenen nicht stets mit Sicherheit zu vereinigenden Functionen so wahrnehmen soll, daß einem jeden ihr vollständiges Recht zu Theil werde [26]).

Diese Form des Verfahrens nun, wo der öffentliche Ankläger dem (wenigstens muthmaßlichen) Verbrecher gegenübertritt und handelt, wodurch zugleich der Vertheidigung ihre wahre Bedeutung wiedergegeben wird, welche sie in dem schriftlichen Untersuchungs-Verfahren fast gänzlich zu verlieren in Gefahr stand und steht [27]), sichert bei einer unparteiischen Rechtspflege, vor Behörden, die nunmehr nur richterliche und nichts Anderes sind, zugleich dem Staate, wie den Einzelnen, die auf eine Rechtsverfolgung antragen (§. 10.), besser und auf eine der Gerechtigkeit würdigere Weise als die bisherige Einrichtung, die Wahrnehmung ihrer wohlbegründeten Interessen. Man muß nämlich zugeben, daß der Staat auch ein besonderes Interesse nicht gegen die Gerechtigkeit, aber auf Grundlage derselben und in Verbindung mit ihr haben könne, Jemand zur Verantwortung vor die Strafgerichte zu ziehen, namentlich bei den öffentlichen, den Staats-Verbrechen — wo die Regierung, und zwar nicht in blos abstractem Sinne wirklich als Partei, als verfolgender Theil auftreten muß. Ist aber die Stel-

---

26) Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 74 fg.

27) Meine Abhandlung in den Kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. J. 1844. S. 1065 fg.

lung derselben oder der Justiz gefährdet, sofern hier die Untersuchungs-Gerichte unmittelbar oder zufolge höherer Anweisung ein Verfahren verhängen, wo sowohl bei der Untersuchung, als bei der Beurtheilung die Besorgniß eines dem Rechte fremden Einflusses oft und unter außerordentlichen Voraussetzungen nicht entfernt zu werden vermag; so wird nicht minder ein Uebelstand entstehen, wenn die Gerichte, wozu sie bei der nothwendigen Unabhängigkeit innerhalb der Rechtspflege berechtigt sind, entweder die Zumuthung eines amtlichen Einschreitens als eine unbegründete zurückweisen, oder wo dies nicht geschehen dürfte, das spätere Urtheil unter ganz andern Bedingungen, als den sonstigen, eines freisprechenden Erkenntnisses, die Unbegründetheit der Anschuldigung und somit des ganzen Verfahrens aussprechen. Wenn in solchen Fällen auf der einen Seite das Vertrauen zu der Gerechtigkeit und Selbstständigkeit der Gerichte sich befestigt, so wird dieser Vortheil erlangt auf Kosten der Achtung vor den übrigen Organen der Regierung, die hier in der Form der Rechtspflege, also mit der Behauptung der Unparteilichkeit und des reinen Interesses der Gerechtigkeit, auftreten; ja auf Kosten der Gerichte selbst, die in andern Fällen, wo ihre Pflichterfüllung zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führt, in den Verdacht der Abhängigkeit gerathen. Nehme man die persönliche Stellung der einzelnen Beamten, das (jetzt aufgehobene) Bestätigungsrecht des Justizministers (§. 23.), mit Allem, was sich daran reiht, um das Bedenkliche der alten, den Werth der neuen Einrichtung zu erkennen!

Ohne Zweifel wird für die weitere Ausbildung des Verfahrens, auf der neuen Grundlage, noch manche Verbesserung nothwendig werden. Selbst in der Fassung des Gesetzes und einzelner Bestimmungen dürfte Einiges zu ändern, Anderes deutlicher, zur Vermeidung von Mißverständnissen zu sagen seyn. So könnte §. 6, wonach

„dem Staatsanwalt sein Amt die Pflicht auflegt, darüber zu wachen, daß bei dem Strafverfahren den gesetzlichen Vorschriften überall genügt werde" — also die gewiß richtige Anerkennung, daß sein Amt zu dem gerichtlichen im weitern Sinne gehöre, — mit mehr Nachdruck vorgeschrieben seyn, wenn nicht §. 3. eine entgegengesetzte Ansicht wenigstens auszudrücken schien. So wird die, ganz zu billigende Vorschrift von §. 6: „Er hat daher nicht blos darauf zu sehen, daß kein Schuldiger der Strafe entgehe, sondern auch darauf, daß Niemand schuldlos verfolgt werde", theilweise wieder aufgehoben durch die §§. 3 u. 9, wonach der Staatsanwalt, selbst bei abweichender Ansicht, einer Anweisung und einem Antrage zur Einreichung der Klage Folge leisten muß, während er sonst nach §. 12, „so lange das Gericht die förmliche Eröffnung einer Untersuchung noch nicht beschlossen hat, von der Anklage", mit dem Erfolge „Abstand nehmen darf, daß, wenn er dies erklärt, jedes weitere Verfahren einzustellen ist." Es ist jedoch nicht meine Aufgabe, das Gesetz in seinen Einzelnheiten einer Kritik zu unterwerfen, und ich will nur im Vorübergehen bemerken, daß, wenn ich gleich [28]) anerkenne, es bedürfe hie und da einer genauern Bestimmung, ich doch die §§. 5, 10 — 12. auf eine Weise auslegen zu müssen glaube, welche die dagegen erhobenen Bedenken einer zu großen Beschränkung der Untersuchungsgerichte entfernt. Im Gegentheil scheint §. 11 a. E. ihnen eine Befugniß beizulegen [29]), die zu Con-

28) Mit Scheller a. a. O. S. 21.

29) Dieser lautet: „Die Gerichte sind an die Anträge des Staatsanwalts nicht dergestalt gebunden, daß sie nur darüber, ob solche in der angebrachten Art begründet seyen, zu entscheiden hätten; sie sind vielmehr verpflichtet, die That, deren Untersuchung und Bestrafung der Staatsanwalt beantragt hat, ihrer Beurtheilung zu unterwerfen; und wenn sie hiebei finden, daß diese That zwar eine strafbare ist, allein gegen ein

flicten mit dem Staatsanwalt führen könnte, wenn d
Sinn der Worte „dem gemäß, was Rechtens, z
beschließen" nicht auf das Urtheil sich bezieht (indem na
§. 22. „der für nicht schuldig Erklärte wegen derselb
Handlung nicht wieder unter Anklage gestellt werd
darf"), sondern vielmehr, daß die Verhängung ein
Untersuchung auf Grund einer vom Staatsanwalt zu st
lenden veränderten Anklage geht. Hier liegen aber d
Schwierigkeiten zugleich in der Sache selbst; zum Th
dürfte auch §. 13, wo von den Beschwerden an das A
pellationsgericht die Rede ist, eine Abhülfe gewähren.

Das Untersuchungsprincip zeigt sich al
theils in der amtlichen Beantragung der Untersuchun
theils in der letzten selbst, welche zwar das Gericht, wei
es einmal in Thätigkeit gesetzt ist (§. 5.) und über der
rechtliche Nothwendigkeit erkannt hat (§. 11—13.), na
den bestehenden Vorschriften selbstständig führt, wobei
doch eine Mitwirkung des Staatsanwalts nicht aus
schlossen ist, sowohl hinsichtlich dessen, was er bei d
polizeilichen Voruntersuchung zu beantragen für nöthig fi
det (§. 4.), als auch bei dem eigentlichen Strafverfahr
und wegen einzelner Untersuchungs-Verhandlungen u
zu ergreifender Maaßregeln (Verhaftungen, Beschlagna
men) (§. 7.), wie ihm denn auch eine Aufsicht überhau
(§. 6.) und Einsicht in die Akten zusteht, „da es zu sein
Berufe gehört, den Unvollständigkeiten, Verzögerung
oder sonstigen Unregelmäßigkeiten, welche er in den Unt
suchungen wahrnimmt, durch Anträge bei der vorgesetz
Behörde des die Untersuchung führenden Beamten A
hülfe zu schaffen."

---

anderes Strafgesetz, als das vom Staatsanwalte bezeichn
verstößt, so liegt ihnen ob, demgemäß, was Rechtens, zu
schließen."

Ein unmittelbares Eingreifen und Handeln ist ihm also nicht gestattet: in der Form seines Auftretens, welches seine nähere Bestimmung durch das Anklage-Verfahren erhält, erscheint er stets als eine Partei, welche Recht vor dem Gerichte nimmt. Es macht dabei keinen Unterschied, ob dieses die Fragen betrifft, wegen welcher die öffentliche Verfolgung Statt findet (die Unterstellung der That unter das Strafgesetz), oder solche Fragen, die mehr formeller Natur sind, oder, auch wo sie s. g. materielle Rechte zum Gegenstande haben, z. B. über die Zulässigkeit der Verhaftung, doch nur als Mittel im Verfahren, zur Erreichung des Zweckes desselben, in Betracht kommen.

Es liegt im Begriff der Sache, daß dem eigentlichen Anklageverfahren stets eine Voruntersuchung vorausgehe, welche, was auch die Gegner um dies zu bestreiten erinnern mögen, doch wesentlich auf dem s. g. inquisitorischen Princip beruht [30]). Ja auch die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, die sich vornehmlich bei der Anklageform praktisch erzeugt, kommt nur bei dem Hauptverfahren vor. Aber es ist jetzt eben dadurch ein zweifacher Fortschritt bedingt, der auch bei unserm neuen Gesetze sich findet. Zunächst eine gehörige, auch äußerlich bezeichnete Gränzbestimmung des vorbereitenden Verfahrens, der Vor- und der Haupt-Untersuchung, was keineswegs eine bloße Form ist, und dann, daß das durch ein besonderes Urtheil über die Einleitung der Untersuchung bestimmt wird. Der Criminal-Ordnung ist es zum Vorwurf zu machen, daß sie diese, auch und recht eigentlich im Inquisitions-Prozeß vorkommende Scheidung (die nach dem Gesetze und dem Gerichtsgebrauch unter verschiedenen Benennun-

30) S. oben Note 24.

gen vorkommt, so wie über deren Bedeutung unter den Rechtsgelehrten und den Praktikern viel Streit ist [31]), nicht gehörig beachtet. Sie ist ihr zwar nicht ganz fremd, und mehrere Ausdrücke deuten darauf hin, daß man sie anerkennen wollte, sofern solche nicht etwa bei der Schlußredaction aus Versehen schon stehen geblieben sind — was ich, um nicht so sehr von dem Gegenstand der Betrachtung mich zu entfernen, hier nicht weiter erörtern will; — allein jedenfalls ist die Sonderung nicht in der Weise bestimmt, wie es die Rechtssicherheit gebietet [32]). Wenn hie und da der Gerichtsgebrauch mehr, als die Gesetze zur Pflicht machen, gethan hat, um gegen voreilige Einleitungen von Untersuchungen zu schützen, so ist an andern Orten dieses nicht geschehen, und mag einigermaßen damit entschuldigt werden, daß schon in der ganzen Einrichtung des Untersuchungs-Verfahrens, insbesondere wie die Preußische Criminal-Ordnung dasselbe vorschreibt, ein oft unmerklicher Uebergang von der Vor-Untersuchung in die Haupt-Untersuchung gar nicht zu vermeiden ist.

Das neue Gesetz unterscheidet die (auch sonst Statt findende) polizeiliche Voruntersuchung (§. 4.), welche nicht zu verwechseln ist mit der im zweiten Titel behandelten Polizeistrafgerichtsbarkeit und dem Verfahren bei Untersuchung von Polizei-Vergehen: ferner die gerichtliche Voruntersuchung und die gerichtliche Untersuchung (§. 14.), und spricht wiederholt von dem gerichtlichen Beschlusse auf förmliche Eröffnung einer Untersuchung (§. 12.). Hierüber und

---

31) S. Bauer's Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozeß Th. II. Göttingen 1842. Nr. III. und dazu meine Betrachtung in den kritischen Jahrb. für Rechtswissensch. 1845. S. 687 fg.

32) Meine Geschichte der Preuß. Strafgesetzgebung S. 81 fg. 117 fg. Preuß. Crim. O. §. 61. 62. 261. 418. 422. 423.

über das Verfahren ist das Nähere §. 40. 49. 50—55. verordnet.

Für die Untersuchung nun, wo, wie bereits bemerkt, „Zwangsmittel jeder Art, durch welche der Angeklagte zu irgend einer Erklärung genöthigt werden soll, unzulässig sind" (§. 18.), gelten im Allgemeinen die Vorschriften der Criminal-Ordnung, namentlich bestimmt §. 19: „Die bestehenden gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Aufnahme der Beweise, insbesondere auch darüber, welche Personen als Zeugen vernommen und vereidigt werden dürfen, bleiben ferner maaßgebend" (s. auch §. 31.), und ebenso §. 44: „Der Untersuchungsrichter hat bei der Voruntersuchung alle in der Criminal-Ordnung für den Inquirenten gegebenen Vorschriften, insbesondere auch die wegen Zuziehung eines vereideten Protokollführers zu beachten."

(Beschluß im nächsten Stücke.)

V.

Die Ehrenstrafen des würtembergischen Criminalrechts

und ihre praktischen Folgen.

Von
Otto Schwab,
Rechts-Consulent in Stuttgart.

Eines der schwierigsten Probleme der Criminalgesetzgebung ist die Aufstellung passender Normen über die rechtliche Wirkung der Verbrechen und Strafen auf die bürgerliche Ehre der Uebertreter. Während nach der einen Theorie nur das vom Gesetze und der öffentlichen Meinung als entehrend bezeichnete Verbrechen, niemals aber die Art und Größe der erkannten Strafe, den Verlust oder die Schmälerung der Ehre nach sich ziehen soll, hängen nach dem entgegengesetzten System diese Folgen keineswegs von der Beschaffenheit der verbrecherischen Handlung, sondern einzig und allein von der erkannten Strafart ab. Wenn nun das erste dieser Systeme unläugbar das im Princip richtigere ist, so stehen andererseits der consequenten Durchführung desselben größere praktische Schwierigkeiten entgegen, und so ist es nicht zu verwundern, daß Praxis und neuere Gesetzgebungen einem combinirten Systeme den Vorzug geben, und die Entziehung oder Verminderung der bürgerlichen Ehrenrechte theils an gewisse, im Gesetze mit dieser Folge bedrohte Verbrechen, theils an die

daselbst als entehrend bezeichneten Strafarten, insbesondere an längere und schwerere Freiheitsstrafen, knüpfen.

Was nun insbesondere das würtembergische Criminalrecht betrifft, so ist in dem Strafedict vom 17. Juli 1824 das zweite der hier bezeichneten Systeme mit besonderer Vorliebe angewendet worden, wogegen das Strafgesetzbuch vom 1. März 1839 dem dritten oder gemischten System gefolgt ist. Es wird daher nicht unpassend seyn, eine gedrängte Darstellung der Vorschriften dieser beiden Gesetze über entehrende Strafen der praktischen Beleuchtung des jetzt geltenden Rechtes vorauszuschicken.

Die Strafarten des Edicts vom 17. Juli 1824, soweit sie auf bürgerliche Ehrenrechte und dienstliche Verhältnisse Einfluß äußerten, waren folgende:

I. Freiheitsstrafen.

1) Arbeitshausstrafe. Sie traf nach Art. 8. diejenigen Verbrechen, welche mit einer mehr als dreimonatlichen und weniger als fünf Jahre dauernden Entziehung der Freiheit geahndet wurden, und zerfiel in zwei Abtheilungen:

a) die Strafe des Arbeitshauses ersten Grades, für Verbrechen, deren Begehung mit einem nicht über ein Jahr gehenden Freiheitsverluste gebüßt werden mußte (Art. 9.);

b) die Strafe des Arbeitshauses zweiten Grades, für Verbrechen, deren Strafe die Dauer eines Jahres überstieg. (Art. 10.)

Statt der Arbeitshausstrafe war nach Art. 12. den Gerichten gestattet, „nach sorgfältiger Erwägung der bürgerlichen Verhältnisse des Uebertreters und der beson-

deren Umstände des Verbrechens" auf Festungsstrafe zu erkennen, dergestalt, daß der Arbeitshausstrafe ersten Grades die Festungsstrafe ersten Grades, und der Arbeitshausstrafe zweiten Grades die Festungsstrafe zweiten Grades „gleichgeachtet werden" sollte [1]).

2) Zuchthausstrafe wurde nach Art. 11. erkannt, wenn der Verbrecher mindestens eine fünfjährige Freiheitsstrafe verwirkt hatte. Sie konnte auf die Lebensdauer des Verurtheilten verhängt werden. Eine Verwandlung derselben in Festungsstrafe war unter keinen Umständen zulässig.

II. Ehrenstrafen.

1) Dienstentsetzung (Cassation); Art. 46.

2) Dienstentlassung (Dimission), welche nach Art. 47. entweder einfach oder qualificirt war; letzteres dann, wenn mit der Entlassung aus besonderen Gründen die Erklärung der Unfähigkeit zu gewissen, in dem Urtheile näher bestimmten Aemtern verbunden wurde [2]).

3) Dienstzurücksetzung (Remotion); Art. 49.

Die rechtlichen Wirkungen dieser Strafarten auf die bürgerliche Ehre und das Dienstverhältniß waren aber durchaus verschiedener Art, wie sich aus folgender aufsteigenden Stufenleiter ergeben wird.

1) Die Zurücksetzung im Dienste, welche in Art. 49. nicht als eigentliche Ehrenstrafe, sondern nur als demüthigende Strafe aufgeführt wird, hatte einfach die

---

1) Wie ungleich diese Strafen nach ihren rechtlichen Folgen waren, soll unten gezeigt werden.

2) Sowohl die Cassation als die Dimission konnten nach Art. 48. als selbstständige Strafe oder in Verbindung mit einer Freiheitsstrafe erkannt werden.

Wirkung, daß der Beamte auf eine an Rang und Gehalt geringere Stelle zurückgesetzt wurde, und äußerte keinen nachtheiligen Einfluß auf die bürgerliche Ehre.

2) Die Festungsstrafe ersten Grades hatte gleichfalls keine Schmälerung der bürgerlichen Ehre zur Folge, und nur wenn gegen einen Staats- oder Gemeinde-Diener über die Dauer von sechs Monaten erkannt wurde, war mit ihr die Dienstentlassung nothwendig verbunden. (Art. 33. Abs. 2. Art. 35.)

3) Die einfache Dienstentlassung zog nach Art. 47. Abs. 1. den Verlust des Dienst-Ranges und Gehaltes, aber weder die Unfähigkeit zur Wiederanstellung in öffentlichen Aemtern, noch eine Verminderung der politischen Ehrenrechte nach sich. Dagegen hatte

4) die qualificirte Dienstentlassung nach Art. 47. Abs. 2. den Verlust der (activen und passiven) staatsbürgerlichen, jedoch nicht der gemeindebürgerlichen Wahlrechte zur Folge.

5) Die Festungsstrafe zweiten Grades, mit welcher Zwang zur Arbeit verbunden war, machte nach Art. 37. den zu ihr Verurtheilten [3]) aller Wahlrechte, der staatsbürgerlichen sowohl, als der gemeindebürgerlichen, nicht aber des Adels und der sonstigen in Art. 36. bezeichneten Würden, Ehrenvorzüge und Aemter (s. u.) verlustig. Staats- und Gemeindediener, welche zu derselben verurtheilt wurden, hatten jedoch nach Art. 33. Abs. 1. und Art. 35. zugleich

6) die Dienstentsetzung verwirkt. Diese hatte nach Art. 46. auch ohne Verbindung mit einer Freiheits-

---

3) Alle rechtlichen Folgen der Freiheitsstrafen sind in dem Strafedict an die Verurtheilung, nicht an die Vollziehung der Strafe geknüpft.

strafe den Verlust des Dienst-Ranges und Gehaltes, desgleichen der staatsbürgerlichen und gemeindebürgerlichen Wahlrechte, sammt der Unfähigkeit zu allen Würden und Aemtern zur Folge; ob auch den Verlust des Adels, war in der Doctrin bestritten [4]).

7) Die Arbeitshausstrafe (ersten und zweiten Grades) und die Zuchthausstrafe hatten den Verlust des Adels und aller Würden und Ehrenvorzüge, insbesondere der Orden und Verdienstmedaillen, der Hof- und Ehrenämter, sowie aller Wahlrechte, der staatsbürgerlichen sowohl, als der gemeindebürgerlichen, zur nothwendigen rechtlichen Folge (Art. 36. 37.). Staats- und Gemeindediener hatten zugleich die Dienstentsetzung verwirkt [5]).

Dieses verwickelte, alles von der Dauer der Strafzeit abhängig machende und zu auffallender Rechtsungleichheit zwischen gebildeten und ungebildeten Uebertretern führende System ist nun durch das Strafgesetzbuch von 1839 wesentlich vereinfacht und verbessert worden. Die nicht entehrende Gefängnißstrafe, deren höchste Dauer nach Art. 5. des Strafedicts drei Monate betrug, erstreckt sich nach Art. 20. des Strafgesetzbuchs bis zu zwei, und ausnahmsweise, in den im Gesetzbuche besonders bezeichneten Fällen, bis zu sechs Jahren [6]). In Folge dieser

---

4) Verneint wurde diese Frage von Hofacker Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. III. S. 400 fg.; bejaht von Wächter Strafarten und Strafanstalten von Würtemberg. S. 189 fg. 249. In der Praxis kam sie unseres Wissens nicht zur Entscheidung.

5) Die körperliche Züchtigung, welche nach Art. 44. als für sich bestehende Strafe erkannt werden konnte, hatte gesetzlich keine entehrende Wirkung.

6) Die Fälle, in welchen über zwei Jahre erkannt werden darf, sind: unterlassene Anzeige hochverrätherischer Unternehmungen (Art. 143.); Zweikampf (Art. 201, wobei ausschließlich auf Festungsarrest, das Surrogat der Gefängnißstrafe, erkannt

Ausdehnung werden viele nicht aus niedriger Gesinnung oder unedeln Triebfedern hervorgegangene Gesetzesübertretungen, welche früher wegen der durch sie verwirkten längern Freiheitsstrafe die bürgerliche Entehrung nach sich zogen, jetzt nicht mehr von diesem Uebel getroffen. Um jedoch andererseits geringere, aber aus gemeiner Denkungsweise entsprungene Vergehen mit entehrender Strafe belegen zu können, wurden der Verlust der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte und die zeitliche Entziehung dieser Rechte als selbstständige Ehrenstrafen eingeführt.

Die Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs von 1835. S. 27. 28. bezeichnen das jetzt zum Gesetz erhobene System der Ehrenstrafen in nachstehender Weise:

„Die Folgen, welche aus einer strafbaren That, außer dem Strafübel selbst, für den Thäter entspringen, sind, soweit sie sich auf bürgerliche Ehren- und auf Dienstrechte beziehen, in dem Entwurfe vollständig aufgezählt worden. Sie treten theils als besondere Strafart, als Folge der im Gesetz bestimmten strafbaren Handlungen ein, theils als Folge der im Gesetz bestimmter Strafarten, ohne Rücksicht auf die Art des Verbrechens, wegen dessen

---

werden darf); Tödtung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen eines Todkranken oder tödtlich Verwundeten (Art. 239.); Todtschlag in heftigem und gerechtem Zorne und bei Ueberschreitung der Nothwehr (Art. 243. 244.); fahrlässige, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachte Tödtung (Art. 246. Ziff. 2. Art. 247. Ziff. 1. u. 3.); Tödtung in Raufhändeln (Art. 248. Ziff. 1. 3. u. 4.); Aussetzung hülfloser Personen (Art. 257.); Körperverletzung (Art. 260. Ziff. 4. Art 264. 265. 266. Ziff. 1.) und Eigenthumsbeschädigung (Art. 385. Ziff. 4. Art. 386.). Außerdem darf nach dem allgemeinen Theil des Strafgesetzbuchs die Kreisgefängnißstrafe bei jugendlichen Verbrechern (Art. 96. Ziff. 1.), sowie bei der realen Concurrenz von Freiheitsstrafen (Art. 116. Ziff. 1.) und bei dem Rückfall (Art. 127.) bis auf sechs Jahre erstreckt werden.

jene erkannt worden. In jenem wie in diesem Fall ist der gänzliche oder theilweise Verlust der Ehrenrechte durch ein rechtskräftiges Urtheil bedingt."

Durch den Verlust der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte sind nach Art. 27. des Strafgesetzbuchs verwirkt: 1) alle Hof-, Staats und andere öffentliche Aemter mit allen davon abhängenden Rechten und Vorzügen; 2) alle Ehrentitel, Würden, Orden und andere Ehrenzeichen; 3) Quiescenzgehalte und Pensionen; 4) die Staats- und gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte; 5) die Fähigkeit zu Erwerbung aller dieser Vorzüge, Aemter, Dienste, Auszeichnungen und Rechte. Die Strafe kommt in den vom Gesetze bezeichneten Fällen gegen jeden Staatsangehörigen zur Anwendung, der das sechszehnte Jahr zurückgelegt hat [7]).

Durch die zeitliche Entziehung der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte (Art. 28.), welche nicht auf weniger als zwei und nicht auf mehr als zehn Jahre erkannt werden kann, gehen die in Art. 27. Ziff. 1. 2. u. 3. bezeichneten Aemter und Rechte und die Befähigung, solche während der in dem Urtheile bestimmten Zeit wieder zu erlangen, sowie für die Dauer dieser Zeit die in Art. 27. Ziff. 4. angeführten Activ- und Passivwahlrechte verloren [8]).

---

7) Also nicht gegen jugendliche Verbrecher, bei welchen auch nach Art. 96. Ziff. 2. die an Freiheitsstrafen hinsichtlich der Ehre geknüpften Folgen nicht eintreten.

8) Auch der durch gerichtliches Erkenntniß nach erstandener Strafe unter polizeiliche Aufsicht Gestellte (Art. 42—44.) ist während dieser Aufsicht, die von einem Jahre bis zu fünf Jahren erkannt werden kann, zu Ausübung der bezeichneten Wahlrechte „unfähig", was jedoch das Gesetz nicht als Strafe betrachtet wissen will.

Wer zur Arbeitshausstrafe oder zur Festungsstrafe, deren Gradationen aufgehoben und die auf den Zeitraum von sechs Monaten bis zu sechs Jahren begränzt sind, rechtskräftig verurtheilt ist, hat nach Art. 34. in Folge dieser Verurtheilung alle Rechte verwirkt, deren Verlust mit der bleibenden Entziehung der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte verknüpft ist. Hiedurch ist die Festungsstrafe nach ihren rechtlichen Wirkungen dem Arbeitshause vollkommen gleichgestellt, und die in dem Strafedict enthaltene Begünstigung derselben aufgehoben. Die Bedingungen zur Erkennung der Festungsstrafe sind die besonderen Umstände des Verbrechens, sowie die Bildungsstufe und die bürgerlichen Verhältnisse des Uebertreters.

Die schwersten Folgen für die bürgerliche Ehre hat Zuchthausstrafe, welche sich in lebenslängliche und zeitliche (von fünf bis zu fünf und zwanzig Jahren) eintheilt [9]). Der zu derselben rechtskräftig Verurtheilte verliert nach Art. 33. außer allen Rechten, deren Verlust mit der bleibenden Entziehung der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte verbunden ist, noch weiter den Adel, jedoch nur für seine Person und unbeschadet der Rechte seiner Ehegattin und der vor dem Strafurtheile erzeugten Kinder; ferner die Berechtigung zu solchen öffentlichen Verrichtungen, zu deren Ausübung eine Verpflichtung durch

---

9) Eine Parallelstrafe des Zuchthauses kennt das Strafgesetzbuch nicht. Der fast einstimmig gefaßte Beschluß der Kammer der Abgeordneten von 1838, Festungsstrafe als Surrogat des Zuchthauses zuzulassen, wurde von der Regierung in Beziehung auf die lebenslängliche Zuchthausstrafe gänzlich abgelehnt, und hatte in Hinsicht auf die zeitliche nur die in Art. 13. enthaltenen gesetzlichen Milderungen derselben zur Folge. Jedoch ist eine Verwandlung des zeitlichen Zuchthauses in Festungsstrafe im Wege der Gnade zulässig. Königl. Rescript an die Ständeversammlung vom 21. October 1838. (Amtliche Handausgabe des Strafgesetzbuchs S. 150. 152. 153.)

die Staatsbehörde erforderlich ist (Advocatur, Notariat ꝛc.); endlich das Recht, eine Vormundschaft über andere als seine Kinder zu führen, an den Zunftversammlungen Theil zu nehmen und Zunftämter zu bekleiden.

Von den ausschließlich gegen öffentliche Diener anwendbaren Ehrenstrafen hat das Strafgesetzbuch nur die einfache Dienstentlassung (Art. 30.) beibehalten, welche aber keine nachtheilige Wirkung auf die bürgerlichen Ehrenrechte äußert [10]). Die Dienstentsetzung und die qualificirte Dienstentlassung sind aufgehoben; an ihre Stelle tritt Verlust oder zeitliche Entziehung der Ehren- und Dienstrechte. Die Remotion findet als gerichtliche Strafe nicht mehr Statt. (Motive zum Entwurf von 1835. S. 24—26.)

Endlich wird noch die Entziehung öffentlicher Berechtigungen, welche nach Art. 31. entweder für immer, oder auf eine im Urtheile zu bestimmende Zeit (sechs Monate bis fünf Jahre) verhängt werden kann, im Strafgesetzbuch als Ehrenstrafe aufgeführt.

Eine eigentliche Infamie giebt es in Würtemberg jetzt nicht mehr. Das Institut des bürgerlichen Todes, welcher in Frankreich mit der lebenslänglichen Zwangsarbeit und der Deportation, und in Baiern mit der Kettenstrafe verbunden ist, war in dem würtembergischen Criminalrechte ohnehin niemals recipirt. Zwar waren die in Deutschland herrschenden, aus römischem und germanischem Recht zusammengesetzten, vielfach con-

---

10) Nach Art. 401. haben auch die nicht entehrende Kreisgefängniß- und Festungsarreststrafe, wenn sie wegen gemeiner Verbrechen oder Vergehen gegen einen öffentlichen Diener auf länger als ein Jahr verhängt worden, den Verlust der Dienststelle zur nothwendigen Folge; eine Bestimmung, deren Zweckmäßigkeit sehr zu bezweifeln seyn möchte.

troversen Normen über Infamie und Ehrlosigkeit [11]) auch nach Erlassung des Strafedicts neben den daselbst bestimmten Folgen gerichtlicher Strafarten fortwährend in Geltung. Allein durch den Art. 1. des Gesetzes vom 5. September 1839 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen wurde festgesetzt: daß der Verlust der in den Artt. 27. 33. u. 34. des Strafgesetzbuchs erwähnten Rechte nicht unmittelbar durch die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens, sondern nur durch ein rechtskräftiges Straferkenntniß eintrete, und daß die Bestimmungen des bisher bestandenen Rechts über Ehrlosigkeit und Anrüchigkeit, sowie über infamia und levis notae macula und deren Folgen hiermit aufgehoben seyen [13]).

---

11) Mittermaier deutsches Privatrecht 5. Ausg. Bd. 1. §. 100—104. Ueber das würtembergische Recht Reyscher würtemb. Privatrecht §. 188—192.

12) Die Motive zum Entwurf des Strafedicts bemerken: es sey in der Praxis ziemlich allgemein der Grundsatz angenommen, daß infamirende Verbrechen oder Vergehen, abgesehen von der Dauer der Freiheitsstrafe, die sie zur Folge haben, den Verlust des Staats= oder Gemeindeamts, welches der Schuldige bekleidete, nach sich ziehen, und an dieser Bestimmung, wonach z. B. ein kleiner Diebstahl oder Betrug neben der verwirkten Gefängnißstrafe zugleich mit dem Dienstverlust und zwar mit Entsetzung vom Amte bestraft werden, ändere der Entwurf nichts — Knapp würtemb. Criminalrecht S. 58—60. Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs S. 22—24.

13) Diesen Artikel erläuterte die Regierung in den Motiven folgendermaßen: „Bekanntlich ist die Lehre von der Infamie oder Ehrlosigkeit eine der schwierigen und bestrittenen Lehren des gemeinen und vaterländischen Rechtes, weil die zwei sehr verschiedenen Principien, daß das Verbrechen und daß die Strafe infamire, noch neben einander bestehen. Der Entwurf des Strafgesetzbuches folgt dem Grundsatze, daß es keine Ehrlosigkeit, sondern nur eine Verminderung, eine Schmälerung der bürgerlichen Ehre gebe, daß nicht die ganze bürgerliche Ehre, sondern daß nur gewisse bürgerliche Ehrenvorzüge verloren gehen können, und daß diese Folgen nicht unmittelbar aus Verbrechen, sondern nur mittelbar aus denselben, nur durch ein Straferkenntniß entstehen, welches eine Strafe fest=

Diese Anordnung ist gewiß als eine wohlthätige Reform der Gesetzgebung anzusehen; es ist dadurch in eine der verwickeltsten und dunkelsten Rechtslehren auf einmal Licht gebracht, und eine Unzahl von Controversen abgeschnitten worden. Auch in Beziehung auf das wichtigste Recht eines constitutionellen Staatsbürgers: das Recht, zur Volksvertretung zu wählen und gewählt zu werden, ist durch diesen Artikel eine wesentliche Verbesserung des früheren Zustandes eingetreten, wie hier kurz nachgewiesen werden soll.

Die §§. 135. u. 142. der würtembergischen Verfassungsurkunde von 1819 verordnen, daß die gerichtliche Verurtheilung zur Dienstentsetzung, zur Festungsstrafe mit Zwang zu öffentlichen Arbeiten oder angemessener Beschäftigung, oder zum Zuchthause den Verlust des passiven und activen staatsbürgerlichen Wahlrechtes zur Folge haben soll. Diese Vorschrift erlitt, wie früher durch das Strafedict, so auch später durch das Strafgesetzbuch, die bereits angegebenen Modificationen, indem theils die zur Zeit der Verfassungsgründung bestehenden Strafarten aufgehoben, theils neue eingeführt wurden, worin jedoch weder die Regierung noch die Ständeversammlung eine Abänderung der Verfassung zu erkennen vermochte. Ohne auf diese staatsrechtliche Frage, welche besonders in der Kammer der Abgeordneten von 1838 wiederholt in reifliche Erwä-

---

setzt, womit der Verlust der bürgerlichen Ehrenvorzüge verbunden ist, oder welches diesen Verlust als selbstständige Strafe ausspricht. Hiernach erschien es, wo nicht nothwendig, so doch zweckmäßig, auch im Gesetze auszusprechen, daß die verschiedenen Begriffe des römischen und des deutschen Rechtes von Infamie, Ehrlosigkeit und Anrüchigkeit mit den speciellen Bestimmungen der genannten Rechte aufgehoben seyen. Diese einzelnen Bestimmungen selbst aber im Gesetze aufzuführen, schien nicht nothwendig, da sie hinlänglich bekannt und namentlich in allen Lehrbüchern des gemeinen Rechtes zusammengestellt sind."

gung gezogen wurde, näher einzugehen, sollen hier nur die Wirkungen dargestellt werden, welche die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs gegenüber denen des Strafedicts auf die staatsbürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte äußern.

Die Strafarten, welche nach dem Strafedict den Verlust der bezeichneten Rechte zur Folge hatten, waren, wie oben ausgeführt wurde: Zuchthaus, Arbeitshaus, Festungsstrafe zweiten Grades, Dienstentsetzung und qualificirte Dienstentlassung [14]). Die gemeinrechtliche Infamie dagegen, welche wegen geringerer, aber eine niedrige Gesinnung beweisender Vergehen eintrat, hatte diesen Verlust nicht zur Folge [15]), und es konnten daher Diebe, Betrüger und Fälscher in die Ständeversammlung wählen und gewählt werden, wenn sie nur zu keiner mehr als dreimonatlichen Freiheitsstrafe verurtheilt worden waren. Andererseits zog, die über Gebühr privilegirte Festungsstrafe ersten Grades ausgenommen, jede länger als drei Monate dauernde Freiheitsberaubung den Verlust der staatsbürgerlichen activen und passiven Wahlrechte nothwendig nach sich, wenn auch das Verbrechen, wegen dessen sie verhängt wurde, durchaus keinen entehrenden Charakter hatte, z. B. Körperverletzung im Affect, Widersetzlichkeit, Zweikampf.

Ganz anders hat sich die Sache nach dem Strafgesetzbuch gestaltet, nach welchem zwar die Verurtheilung zur Zuchthaus-, Arbeitshaus- oder Festungsstrafe gleichfalls den Verlust des staatsbürgerlichen Activ- und Passivwahlrechts zur Folge hat, dagegen die Ge-

14) In Beziehung auf letztere, jetzt antiquirte Strafart hat zum Mindesten eine sehr ausdehnende Interpretation der Verfassung Statt gefunden.

15) Mohl würtemb. Staatsrecht. 1. Ausg. Bd. I. S. 480. Anmerk. 4. Wächter l. c. S. 222.

fängniß- und Festungsarreststrafe, mit welcher diese Wirkung nicht verbunden ist, bis auf sechs Jahre erstreckt werden kann. Es kann daher z. B. ein wegen Tödtung im Duell zu sechsjährigem Festungsarreste Verurtheilter in die Abgeordnetenkammer wählen und gewählt werden. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte aber, durch welchen auch die staatsbürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte bleibend verwirkt sind, ist vorzugsweise solchen Uebertretungen angedroht, welche früher die jetzt abgeschaffte Infamie zur Folge hatten. Hiedurch sind für diejenigen gemeinen Verbrecher, welchen früher, weil sie mit nicht mehr als dreimonatlicher Freiheitsstrafe belegt worden, das wichtigste politische Ehrenrecht vorbehalten blieb, forthin die Thüren des Ständesaals geschlossen.

Das System des Strafgesetzbuchs verdient auch in dieser Beziehung entschieden den Vorzug vor dem des früheren Rechtes, indem es der Natur des Verbrechens und der hieraus zu folgernden Gesinnungsweise des Uebertreters ungleich größere Rechnung trägt. Mit voller Consequenz ist dieses Princip indeß keineswegs durchgeführt. Während einerseits gar manche nicht aus unedler Gesinnung entsprungene Verbrechen mit entehrenden Strafen bedroht sind, behalten andererseits verschiedene gemeine Uebertreter auch jetzt noch die staatsbürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte, z. B. Diebe, welche nicht über fünf Gulden gestohlen haben und daher nach Art. 321. des Strafgesetzbuchs und Art. 57. des Polizeistrafgesetzes von 1839 nur polizeilicher Ahndung unterliegen. Das Gleiche ist bei dem Betruge und der Unterschlagung der Fall. Zwar soll darüber, daß nicht jedes derartige Vergehen unbedingt die politische Entehrung nach sich zieht, der Strafgesetzgebung kein Vorwurf gemacht werden; auch bei Verbrechen gegen fremdes Eigenthum können Umstände eintreten, welche eine mildere Beurtheilung rechtferti-

gen [16]), und die Ansicht des gemeinen deutschen Strafrechts über die absolute Infamie des Diebstahls dürfte zu streng seyn. Aber gewiß ist es nicht das richtige Princip, die Ehrenfolgen nur von dem Geldwerthe des entfremdeten Gutes abhängig zu machen. Die Ehre läßt sich nicht nach Kreuzern berechnen, und es wird Niemand behaupten wollen, daß derjenige, welcher fünf Gulden stiehlt, ein ehrenhafterer Dieb sey, als der, welcher diese gefährliche Gränzlinie um ein paar Heller oder Pfennige überschreitet. Und doch hängt von dieser Ueberschreitung, somit in zweifelhaften Fällen einzig von der Taxation des entwendeten Gegenstandes, der Verlust der wichtigsten staats- und gemeindebürgerlichen Rechte ab!

Was nun die durch das Strafgesetzbuch neu eingeführten Ehrenstrafen betrifft, so ist die zeitliche Entziehung der Ehren- und Dienstrechte nur in wenigen Fällen angeordnet, und zwar theils allein, theils in Verbindung mit Gefängnißstrafen. Insbesondere tritt dieselbe nach Art. 69. bei dem Versuche eines Verbrechens ein, welches mit dem bleibenden Verluste jener Rechte bedroht ist.

Von der Strafart des Verlustes der Ehren- und Dienstrechte dagegen, welcher gleichfalls theils allein, theils verbunden mit Gefängniß oder Geldbuße [17]) zu

16) Die Bestimmungen der Artt. 165 und 167. C. C. C. über mildere Bestrafung des Familiendiebstahls und der Entwendung eßbarer Früchte haben auch in Art. 339 und 340. des würtemb. Strafgesetzbuchs Anerkennung gefunden. Schon die frühere würtemb. Praxis ließ bei Entwendung von Eßwaaren und Getränken zur Befriedigung augenblicklicher Lüsternheit, welches Vergehen sie als „Mundraub" bezeichnete, gelindere Strafe eintreten. Es lassen sich aber auch bei dem gemeinen Diebstahl leichtere Fälle denken, welche den Verlust der bürgerlichen Ehre nicht verdienen.

17) Mit letzterer Strafe jedoch nur bei der Bestechung im Amte (Art. 407.).

erkennen ist, hat das Strafgesetzbuch um so reichlicheren Gebrauch gemacht. In dem dritten Titel des besonderen Theiles desselben: „von Vergehungen wider die Pflichten des öffentlichen Dienstes", welcher Titel sich überhaupt durch strenge, theilweise harte Strafbestimmungen auszeichnet, ist allein in zwanzig Artikeln diese Strafe theils präceptiv, theils facultativ angedroht.

Eine bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit dieser Strafart ist es, daß sie, obgleich an sich eine absolut bestimmte Strafe, dennoch in ihren Wirkungen je nach der bürgerlichen Stellung der einzelnen Verurtheilten höchst verschieden ist, nämlich für die Einen ein sehr schweres, für Andere ein ganz geringes Uebel enthält. Während sie den gebildeten, angesehenen Staatsbürger, besonders den öffentlichen Beamten, als zermalmender Schlag trifft, ihn aller bisherigen politischen Auszeichnung und in vielen Fällen des täglichen Brodes beraubt; geht sie fast spurlos über das Haupt des armen und niedrigen Privatmannes weg, dem sie nur solche Rechte entzieht, welche er in der Wirklichkeit niemals besessen oder ausgeübt hatte. Sie ist insbesondere ganz nicht fühlbar für die eine Hälfte der Staatsangehörigen, nämlich für das weibliche Geschlecht. Zwar haben die Worte: „Verlust der Dienstrechte" schon manchem weiblichen Ohre schauerlich geklungen; mehr als eine Magd hörte man bei Eröffnung dieses Urtheils weinend fragen: von was sie denn leben solle, wenn sie nicht mehr dienen dürfe? — aber diese Thränen versiegten, sobald der Richter ihr den Sinn des Gesetzes erläutert hatte [18]). Nur für einzelne weibliche Individuen aus den höheren Ständen,

---

18) Es wäre einfacher und passender gewesen, der Dienstrechte in der Benennung der fraglichen Strafart nicht besonders zu erwähnen, indem das jus munerum et honorum publicorum von selbst unter den bürgerlichen Ehrenrechten begriffen ist.

insbesondere für Staats-, Hof- und Stifts-Damen, würde der Verlust der Ehren- und Dienstrechte unmittelbare praktische Bedeutung haben.

So ungleich übrigens an sich die Wirkung der fraglichen Strafart ist, so gleicht sich doch dieses Mißverhältniß nicht selten später auf eine Weise aus, die auch dem Tagelöhner und der Dienstmagd einen deutlichen Begriff von dem Werthe der bürgerlichen Ehre beizubringen vermag. Wenn nämlich die Strafe des Verlustes der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte nicht vollzogen werden kann, weil der Schuldige in einem früheren rechtskräftigen Erkenntnisse hierzu bereits verurtheilt worden, so wird nach Art. 51. diese Ehrenstrafe in Kreisgefängniß verwandelt, welches von zwei Monaten bis zu einem Jahre zuzumessen ist. Ferner soll die Strafe der zeitlichen Entziehung der Ehren- und Dienstrechte in Kreisgefängniß von vier Wochen bis zu sechs Monaten verwandelt werden, wenn der Schuldige bereits zu dem Verluste dieser Rechte rechtskräftig verurtheilt worden. Die gleichen Surrogate kommen nach Art. 52. gegen Ausländer in Anwendung, welche eine dieser Ehrenstrafen verwirkt haben. Ebenso wird es endlich nach Art. 119. Abs. 2. bei der realen Concurrenz von Verbrechen gehalten, wenn der Verlust der Ehren- und Dienstrechte mehrmals verwirkt ist, während bei der mehrfach verschuldeten zeitlichen Entziehung dieser Rechte nur dann zu dem Surrogate der Artt. 51 und 52. gegriffen werden soll, wenn durch die Erstreckung der Dauer der Strafe auf einen längeren Zeitraum die gesetzliche Gränze der Strafart (zehn Jahre) überschritten würde.

Es ist nicht zu mißkennen, daß eine Strafgesetzgebung, welche den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nicht ipso jure, als nothwendige Folge gewisser Verbrechen

oder der gerichtlichen Bestrafung wegen derselben, eintreten läßt, sondern dieses Uebel als besondere Strafart betrachtet und nur mittelst förmlicher Verurtheilung ausspricht, consequenterweise auch ein Surrogat für den Fall aufstellen muß, daß das betreffende Urtheil aus dem einen oder andern Grunde nicht vollzogen werden kann. Auch läßt sich nicht behaupten, daß der Rahmen von zwei Monaten bis zu einem Jahre an und für sich zu hoch geschöpft sey. Im Gegentheil könnte das Maximum im Hinblick darauf, daß der Verlust der Ehrenrechte, gleich der lebenslänglichen Freiheitsstrafe, seine Wirkung auf die ganze Lebenszeit des Verurtheilten erstreckt, und für manche Uebertreter ein viel größeres Uebel als einjähriges Gefängniß enthält, zu niedrig gefunden werden. Gleichwohl hat die Anwendung des Surrogates für den bleibenden Verlust der Ehren- und Dienstrechte [19]) der Erfahrung gemäß schon zu großen Härten und zu bedeutender Verschärfung des früheren Rechtes geführt, welches keine allgemein gültigen selbstständigen Ehrenstrafen und kein Surrogat der Infamie kannte. Es soll an einem Beispiele gezeigt werden, wie streng die betreffende gesetzliche Bestimmung in der Praxis wirken kann und schon in manchen Fällen gewirkt hat.

Ein Mensch, welcher durch ein früheres Straferkenntniß den Verlust der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte erlitten hat, begeht drei kleine, aber nach Art. 328. erschwerte Diebstähle, welche nach den Grundsätzen über die reale Concurrenz zu bestrafen sind. Der Gesammtwerth des Entwendeten beträgt nicht einmal einen Gulden, allein gleichwohl ist nach der Schlußbestimmung des

---

19) Bei der zeitlichen Entziehung dieser Rechte ist das Surrogat weniger praktisch, weil die betreffende Strafart weit seltener festgesetzt ist.

bezeichneten Artikels durch jeden der drei Diebstähle die Strafe des Art. 322. Ziff. 1, d. h. der Verlust der Ehren- und Dienstrechte in Verbindung mit Gefängniß von acht Tagen bis zu vier Monaten verwirkt [20]). Da nun der Inculpat jene Rechte bereits durch ein früheres Erkenntniß verloren hat, so ist das Surrogat des Art. 51. nicht weniger als dreimal in Anwendung zu bringen. Wird dasselbe nun nach seiner mittleren Dauer, sieben Monaten, angesetzt, sofort die Strafe der schwersten Uebertretung zu etwa neun Monaten berechnet und hierauf nach den Bestimmungen des Art. 115. Abs. 1. über die reale Concurrenz bei Freiheitsstrafen [21]) verfahren, so ergiebt sich eine Gesammtstrafe von ungefähr anderthalb Jahren Kreisgefängniß. Erwägt man nun im Gegensatze hievon, daß ein Dieb, welcher auf einmal 100 Gulden gestohlen, aber nicht schon früher den Verlust der Ehrenrechte erlitten hat, nach Art. 322. Ziff. 2. neben diesem Verluste höchstens mit achtmonatlichem Kreisgefängniß bestraft werden kann; so wird man zugeben müssen, daß gerade die eiserne formelle Consequenz, nach welcher das Surrogat für den Verlust jener Rechte immer und immer wieder in Anwendung gebracht werden muß, zu materieller Rechtsungleichheit und schreiender Härte führen kann.

Es dürften daher bei der bevorstehenden Revision des Strafgesetzbuchs jedenfalls die Minima der Surrogate für die Ehrenstrafen bedeutend herabzusetzen seyn.

---

20) Auch diese Bestimmung hat sich in der Praxis als eine der härtesten des Strafgesetzbuchs erwiesen.

21) Es ist hier die Strafe des schwersten Verbrechens, mit entsprechender Erhöhung derselben, welche von Einem Viertheile bis zu drei Viertheilen des Gesammtbetrages der Strafen der concurrirenden geringeren Verbrechen oder Vergehen auszumessen ist, zu erkennen.

Ueberhaupt aber ist es sehr wünschenswerth, daß bei dieser Revision auf Verminderung der in dem Strafgesetzbuche so häufig angedrohten entehrenden Strafen Bedacht genommen werde. Mit Freude wurde daher die Aeußerung des Chefs des Justizdepartements auf dem Landtage von 1845 vernommen: daß bei einer Revision des Strafgesetzbuchs die Arbeitshausstrafe wahrscheinlich ihre entehrende Eigenschaft verlieren werde, wie es auch in Baden geschehen sey. — Hoffen wir, daß die Gesetzgebung auch in dieser Beziehung im Geiste der Humanität und Gerechtigkeit fortschreiten werde!

Druckfehler.

Jahrg. 1846. 2tes Stück.

S. 209. Z. 3. v. o. lies „ignorirt" statt: „ignoirt"
— „ — 4. v. o. nach „eines" zu setzen: „solchen"
— 210. — 3. v. o. nach „Verkehr" zu setzen: ¹¹)
— „ — 7. v. o. statt ¹¹) zu setzen: ¹²)
— „ — 8. v. o. st. „also" l. „ist"
— „ — 9. v. o. st. ¹²) zu setzen: ¹³)
— 211. — 16. v. o. st. „betrügerischen Uebereinstimmung" l. „verbrecherischen Uebervortheilung."
— 215. — 14. v. o. st. „wichtigsten" l. „richtigsten"
— 216. — 3. v. u. st. „Denjenigen" l. „denjenigen"
— 217. — 5. v. o. st. „des Betrugs" l. „der betrügerischen Unternehmung".
— „ — 14. v. o. vor „dieselben" zu setzen: „da"
— 223. — 1. v. o. st. „richtig existiren" l. „nicht existirenden"
— 226. — 5. v. o. nach „zu seyn" zu setzen: „eingegangen wird"
— 422. — 30. st. „allein" l. allen"
— 426. — 6. st. „Aufenthalts-Punkte" l. „Anhalts-Punkte"
— 431. — 19. st. „Maffengewalt" l. „Waffengewalt"

3tes u. 4tes Stück.

S. 534. Z. 8. lies nach: Freiheit noch: „die"
— 535. — 17. statt „Trüger" l. „Träger"
— 549. — 16. st. „Autonomie" l. „Antinomie"
— 550. — 2. st. „Idealitäts" l. Identitäts"
— 554. — 14. ist nach: „aus diesem Grunde für", ausgelassen: „zulässig und aus jenem"
— 555. — 10. ist „ohne" zu streichen
— „ — 17. st. „nun" l. „nur"

Halle,

Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,
F. C. Th. Hepp
in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum
in Gießen,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
A. W. Heffter
in Berlin,
C. G. v. Wächter
in Tübingen,
H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1847.
Zweites Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1847.

Inhalt.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1847. Zweites Stück.

VI.

Betrachtungen über das Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergerichte und dem Criminalgerichte zu Berlin zu führenden Untersuchungen, vom 17. Juli 1846.

Von

Abegg.

(Beschluß von Nr. IV. im ersten Stücke.)

Das Ergebniß der Voruntersuchung, während welcher „die Zulassung eines Vertheidigers unstatthaft" seyn soll (§. 48.), wird mittelst Vorlegung der Akten dem Staatsanwalte mitgetheilt, damit dieser die nöthigen Anträge stelle: „nimmt derselbe hiebei von der weitern Verfolgung der Sache Abstand, so ist die Zurücklegung der Akten, und wenn der Beschuldigte verhaftet ist, dessen Freilassung zu verfügen. Erachtet der Staatsanwalt aber die förmliche

Einleitung der Untersuchung für begründet, so hat er die Anklageschrift (§. 40. Nr. 1.) einzureichen, über welche alsdann die Gerichts-Deputation Beschluß faßt (§. 40. Nr. 2. §. 41.)." So verfügt §. 49. — Dieser Gang der Sache, ehe es zum eigentlichen Anklageverfahren kommt, muß „bei besonders schweren Verbrechen" (§. 64.) stets befolgt werden, indem dem mündlichen Verfahren vor dem erkennenden Gerichte stets eine gerichtliche Voruntersuchung (§§. 44—49.) vorhergehen muß, in welcher der Angeklagte zu hören ist" (§. 65.). Wenn dann „der Staatsanwalt nach deren Schluß erklärt, daß er die förmliche Anklage erheben wolle, und demgemäß beantragt, den Beschuldigten in den Anklagestand zu versetzen, so ist über diesen Antrag von einer aus den Mitgliedern bestehenden Gerichts-Deputation ein Beschluß zu fassen, welcher dem Staatsanwalte so wie dem Beschuldigten zu eröffnen ist" (§. 66.). Wird diesem Antrage Statt gegeben, so hat der Staatsanwalt spätestens in acht Tagen, von der Eröffnung des Beschlusses an, die Anklageschrift einzureichen (§. 68.): es kann aber auch „die Gerichts-Deputation vor ihrer Beschlußnahme, wenn sie eine Ergänzung der Voruntersuchung für nothwendig hält, hiemit den Untersuchungsrichter beauftragen, der nach Erledigung des Auftrages die Akten wiederum dem Staatsanwalte zu der Erklärung vorzulegen hat, ob er bei seinem frühern Antrage beharren oder denselben ändern wolle (§. 67.). In minder bedeutenden Fällen dagegen ist eine gerichtliche Voruntersuchung nicht stets nöthig, und findet insbesondere nur Statt, wenn der Staatsanwalt auf solche anträgt, um die Anklage zu begründen oder zu vervollständigen (§. 43.), wo dann ein Untersuchungsrichter ernannt wird (§. 43. 44 fg.). Eben so soll aber auch die Deputation, wenn sie die Sache noch nicht hinreichend vorbereitet findet, um über die förmliche

Eröffnung der Untersuchung zu entscheiden, die Punkte, in Ansehung deren es noch einer nähern Aufklärung bedarf, in dem abzufassenden Beschlusse bezeichnen und diesen Beschluß dem Staatsanwalt zur Erledigung zustellen" (§. 42.).

Dies ist im Allgemeinen das Verfahren bis zur eigentlichen contradictorischen Verhandlung in der Anklageform, welche §. 45. die „mündliche Haupt-Untersuchung" genannt wird. Auf diese und deren Zweck allein beziehen sich die Nachforschungen des Untersuchungsrichters, welche nicht weiter als es hiefür nothwendig ist, ausgedehnt werden sollen (§. 45.).

Dabei kann, (aber muß nicht,) der Beschuldigte, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhältnisses zweckmäßig erscheint, vernommen werden. Nur wenn derselbe verhaftet ist, muß dessen Vernehmung stets erfolgen (§. 46.).

Die Erfahrung muß nun lehren, welche durch die nunmehr angenommenen Grundsätze bedingte Gestaltung der dem Hauptverfahren vorausgehenden, in seinen Hauptbestimmungen beibehaltenen Untersuchungs-Prozeß erhalten werde. Ich enthalte mich für jetzt eines weitern Eingehens in die auf diesem Gebiete vorkommenden Streitfragen, die zum Theil auf dem Mißverständnisse beruhen, als ob der heutige, nur bei der eigentlichen Verhandlung vor dem urtheilenden Gericht Statt findende Anklage-Prozeß das in dem Untersuchungs-Verfahren liegende wesentliche Moment einer zugleich unmittelbar amtlichen Thätigkeit durchgängig ausschließe, und ferner auf einer Mißkennung des Untersuchungs-Princips, was sich unter Anderm bei der so häufig ausgesprochenen Ansicht über den Werth des Geständnisses rc. zeigt. Dieser Punkt, der später noch

mals zu berühren seyn wird, ist von mir bei anderer Gelegenheit erörtert worden [33]).

Auch darüber, ob mit der Stellung des Staatsanwalts überall die erforderliche Selbstständigkeit der Gerichte vereint sey, läßt sich, glaube ich, aus der bloßen Betrachtung des Gesetzes nicht ein entscheidendes Urtheil abgeben. Doch theile ich nicht die Besorgniß, daß die Gerichte in zu großer Abhängigkeit von den Anträgen des Staatsanwalts zum Nachtheil der Regierung und der Staatsangehörigen sich befänden, indem es lediglich nach der Ansicht des Staatsanwalts und des Justizministers sich bestimme, „ob und wie ein Verbrechen untersucht werden soll" [34]). Denn so sehr ich mit dem Grundsatze einverstanden bin, daß der wahrhafte Rechtsschutz nur von unabhängigen Gerichten zu erwarten sey [35]), so finde ich doch diese Unabhängigkeit auf einer andern Seite, als in der weitern Ausdehnung der Befugniß amtlichen Einschreitens. Auch scheint mir ferner durch mehrere Stellen deutlich genug bezeichnet, daß die Gerichte nicht ganz von einer unmittelbaren Thätigkeit ausgeschlossen seyen, wo eine solche durch die Gefahr im Verzuge und die Dringlichkeit der Umstände geboten wird (§. 4. 5. 10.); endlich ist man doch nicht berechtigt, da, wo von der Pflicht die Rede ist, „darauf zu achten, daß kein Schuldiger der Strafe entgehe" (§. 6.), eine bloße Willkühr anzunehmen.

---

33) Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 176 fg. Meine Beiträge zur Berichtigung einiger Mißverständnisse, welche bei den Verhandlungen über die Strafprozeß-Reform vorzukommen pflegen, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von v. Jagemann und Müller. Neue Folge. 1. Bds. 2. Hft. S. 173 f.

34) Scheller a. a. O. S. 22.

35) Meine Abhandl. in den Erlanger Jahrbüchern der deutschen jurist. Literatur Bd. XXI. S. 35 fg. Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 59 fg.

Als einen weitern Fortschritt haben wir die nunmehr hervortretende größere Bedeutung der rechtlichen Vertheidigung zu erkennen, welches wieder mit dem Anklageverfahren der Mündlichkeit der Verhandlungen vor dem erkennenden Gerichte in Verbindung steht, und wobei auch die (beschränkte) Oeffentlichkeit nicht ohne Einfluß ist. In der Voruntersuchung soll selbst bei schweren Verbrechen ein Vertheidiger nicht zugelassen werden (§. 48.). Hiernach wird allerdings dem Untersuchungsrichter, bei der Pflicht die Wahrheit auszumitteln, die Berücksichtigung der s. g. materiellen Vertheidigung auch ferner obliegen, was sich aus der ganzen Einrichtung und aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Vorschriften der Criminal-Ordnung über die Untersuchung im weitern Sinn (§. 44.), sofern nicht etwas Abweichendes in dem neuern Gesetze bestimmt ist, schließen läßt. Außerdem würde der Angeschuldigte — zumal da es sich schon gleich Anfangs um präjudicirliche Anträge des Staatsanwalts und Verfügungen des Gerichts handeln kann (§. 7.) — in eine bedenkliche Lage dem Ankläger gegenüber versetzt werden.

Bei der mündlichen Hauptverhandlung und der für diese bestimmten Grundlagen hinsichtlich der Aufnahme des s. g. Vertheidigungsbeweises (§. 54. 55. mit §. 51.) muß aber, wie es schon die Natur und Form des contradictorischen Verhandelns mit sich bringt, die s. g. förmliche Vertheidigung in einer Weise hervortreten, und wie zu hoffen ist, im Interesse der Gerechtigkeit, ihre Wirksamkeit äußern, die ihr bei dem schriftlichen Untersuchungsprozeß und der Urtheilsfällung auf Grund einer Relation nothwendig abgeht, oder nur ausnahmsweise unter besonders günstigen Verhältnissen beigelegt werden kann [36]). Auch ist es es dankbar zu erkennen, daß

36) S. oben Note 27.

manche ängstliche Beschränkungen, die in der Criminal-Ordnung aufgestellt sind, nunmehr wegfallen [37]). So ist denn zu hoffen, daß die mit solchem zeitgemäßen Verfahren (auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach dem Gesetze vom 21. Juli 1846) in Verbindung stehende und immer mehr zur Geltung kommende, würdigere Stellung des Advocatenstandes, auch ein der Gerechtigkeit förderliches Streben, bei der Führung von Vertheidigungen zur Folge haben und von entsprechenden Wirkungen begleitet seyn werde.

Gehen wir nun auf eine andere Forderung der Zeit über, daß das urtheilende Gericht eine unmittelbare, nicht blos aus den Akten zu schöpfende Kenntniß der Verhandlungen, eine eigene Anschauung der Sache durch Vernehmung des Anklägers, des Angeklagten und der Zeugen erhalte, so hat schon in der bisherigen Schilderung die Rede von den entsprechenden Bestimmungen seyn müssen. Einer Ausführung der Vorzüge dieses Verfahrens, und dessen was dasselbe auszeichnet, bedarf es nicht [38]). Man kann diese aber vollkommen anerkennen, ohne daß es nöthig ist, das bisherige entgegengesetzte Verfahren noch mehr herabzusetzen, und die Möglichkeit in Abrede zu stellen, nach derselben einen Untersuchungsfall gründlich und wahrheitsgemäß zu erörtern und die Sache zur gerechten Beurtheilung vorzubereiten [39]).

---

37) Meine Beiträge zur Erläuterung einiger Stellen der Crim. Ordnung aus dem Titel: Von der Vertheidigung des Angeschuldigten, in der Juristischen Wochenschrift für die Preußischen Staaten, J. 1845. Nr. 57—60.

38) Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 82 fg. Mittermaier a. a. O. S. 245 fg. 401 fg. Zachariä a. a. O. S. 251 fg.

39) Meine angef. Beiträge rc. Einleitung.

Hat also nach der Voruntersuchung in Gemäßheit des Antrags des Staatsanwalts, auf den Beschluß des Gerichts, die eigentliche gerichtliche Untersuchung Statt gefunden (§. 12—14.), so soll nun das mündliche Verfahren vor dem erkennenden Gericht eintreten, dessen bereits gedacht worden ist. Der §. 15. bestimmt: „Der Fällung des Urtheils soll ein mündliches Verfahren vor dem erkennenden Gerichte vorhergehen, bei welchem der Staatsanwalt und der Angeklagte zu hören, die Beweisaufnahme vorzunehmen und die Vertheidigung des Angeklagten mündlich zu führen ist."

Die beiden Punkte, die in diesem Termine in Betracht kommen, sind die bei jedem Urtheil sich darbietenden, nämlich die Thats- und die Rechts-Frage. Eine Trennung derselben kommt, auch abgesehen von der Einrichtung, wo erstere der Beantwortung durch Geschworne untergestellt wird, in jedem Verfahren in sofern vor, als die Bestimmung der rechtlichen Folgen (Bestrafung, Strafart und Strafmaaß oder Freisprechung) an thatsächliche Voraussetzungen geknüpft ist, über deren Daseyn zuvor entschieden seyn muß. Mit andern Worten, es ist die Frage, ob ein Verbrechen verübt sey, und welches, wer der oder die Betheiligten (Urheber, Gehülfen) und in welchem Maaße der Verschuldung sie es seyen [40]) — oder — ob der zu der entsprechenden Annahme erforderliche Beweis hergestellt, ob für die Annahme der faktischen Prämissen des Rechtsspruches überzeugende Gründe vorhanden seyen: eine Frage, die verschieden ist von der, welche rechtliche Wirkungen auszusprechen seyen, und kann als solche von der letzten abgesondert beantwortet werden [41]). Nur darf man nicht verkennen, daß

40) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 74.

41) Criminal-Ordnung §. 368. 395—397. 401 fg.

das solchergestalt gespaltene Urtheil doch wieder in der Einheit eben so alle Bestandtheile umfassen müsse, wie die Handlung als verbrecherische eine Einheit ist, die nicht blos That und Faktum ist, sondern eben als solche die Eigenschaft hat, eine strafbare zu seyn, so wie der Schuldige durch das Verbrechen, durch den Bruch des Rechts und öffentlichen Gesetzes, nothwendig die Strafe, als das andere wesentliche Moment im Begriffe der Uebelthat, über sich hervorruft, und die Gegenwirkung des Gesetzes erfahren muß, das er in Thätigkeit gesetzt hat [42]. Und ferner darf man jene Trennung von Voraussetzungen der rechtlichen Folgen, und diesen selbst, wenn man sie als That- und Rechts-Frage, *factum* und *jus*, bezeichnet, nicht den Sinn beilegen, als wenn bei ersterer nicht auch schon eine rechtliche Seite, ein rechtlicher Gesichtspunkt Statt fände. Wir wollen dies hier nicht mit Bezugnahme auf das Geschwornen-Institut und auf die hiebei so häufig vorkommenden irrigen Ansichten und die sich ergebenden Bedenken erörtern: unser Gesetz hat die Einrichtung nicht aufgenommen, und so möge nur gelegentlich bemerkt werden, daß dem altdeutschen System diese Art der Trennung fremd war, und die alten Geschwornen eine wesentlich verschiedene Bedeutung hatten, wie die, welche ihnen jetzt unter dem Einflusse politischer Ansichten beigelegt wird [43].

Es würde aus jener Trennung verschiedener Fragen und der dabei in Betracht kommenden geistigen Thätigkeiten nicht folgen, daß sie nothwendig verschiedenen Per-

---

42) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 69, — des Criminal-Prozesses §. 75.

43) Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 129 fg. v. Wächter Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere des deutschen Strafrechts, Abh. III. S. 61 fg. Biener Abh. aus der R. G. Leipzig 1846. S. 151. Zachariä a. a. O. S. 299.

sonen zugewiesen werden müßten. Das hat auch das neue Gesetz nicht gethan, welches, wie es bisher vorgeschrieben war, überall wo nicht das Institut der Jury besteht, den Richter über beides, Schuld und Strafe, zu urtheilen anweiset.

Dagegen hat das Gesetz in sofern einen neuen Weg eingeschlagen, als es den Richter von den bisherigen Vorschriften über die „Wirkungen der Beweise", oder von der s. g. gesetzlichen Beweistheorie befreit. Nur darf man nicht gerade behaupten, der Preußische Richter sey jetzt, indem er lediglich an seine freie Ueberzeugung in Betreff der Schuld oder Nichtschuld gewiesen wird, in die Lage des Geschwornen gesetzt, da, anderer Unterschiede nicht zu gedenken, welche sich bei näherer Betrachtung darbieten, schon dies eine wesentlich abweichende Bestimmung ist, daß der Richter Rechenschaft ablegen muß, daß er die Gründe, welche ihn geleitet haben, in dem Urtheile anzugeben hat.

Ob dieser Mittelweg zwischen den beiden Gegensätzen, einer dem rechtsgelehrten Richter, der zugleich die Strafe ꝛc. ausspricht, vorgeschriebenen Norm über die Wirkungen der Beweise (gesetzliche Beweistheorie) auf der einen Seite, und des Schwurgerichts auf der andern Seite, überall geeignet sey, den Bedenken zu begegnen, die sich wider das eine und das andere System erheben lassen, ob es sicherer für die Wahrheit sey, den Richter in der Stellung, die er bei uns einnimmt, und unter den obwaltenden Verhältnissen von Vorschriften zu befreien, deren Bindendes und Beschränkendes sich nur auf den Schuldbeweis und die Verurtheilung bezieht, und daher im Zweifel sich zu Gunsten des Angeschuldigten neigt, — will ich hier nicht erörtern, da dieser wichtige Punkt einer ausführlichern Betrachtung bedarf. Meine sonst schon aus-

gesprochene Ansicht [44]), daß ich die Einräumung der Functionen des Geschwornen an den Richter nicht gutzuheißen vermöge, und daß, was bei dem System der Jury, wie es jetzt besteht, seine Berechtigung und anzuerkennende Bedeutung habe, oder doch, wo es bedenklich ist, aus politischen Gründen unter andern organischen Umgebungen ertragen werden könne — diese Ansicht, bei welcher ich höchst achtbare Autoritäten auf meiner Seite habe [45]), muß ich noch immer behaupten. Nur findet sie auf die jetzige Bestimmung nicht unbedingt Anwendung, da, wie gesagt, der Preußische Richter die Gründe seines Urtheils über die thatsächlichen Voraussetzungen des Rechtsspruches abzugeben schuldig, und dabei, wie ich gleich zeigen werde, doch noch in anderer Hinsicht dem Einflusse der Beweisvorschriften nicht ganz entzogen ist, wie sich denn auch von dem rechtsgelehrten Richter und der sein ganzes Leben ergreifenden amtlichen Stellung und übernommenen Pflicht nicht erwarten läßt, daß er — sey es in welchem Sinne man wolle — seine Thätigkeit mit der des Geschwornen, wie diese praktisch erscheint, verwechseln sollte.

Das Gesetz lautet §. 19:

„Die bestehenden Vorschriften über das Verfahren bei Aufnahme der Beweise, insbesondere auch darüber, welche Personen als Zeugen vernommen und vereidet werden dürfen, bleiben ferner maaßgebend.

Dagegen treten die bisherigen positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise außer Anwendung.

---

44) Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 129 fg. 191. Dagegen: Die Principienfrage in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung. Berlin 1848. 4. S. 18 fg. (außerhalb des Buchhandels.)

45) S. die Note 257 meiner Beiträge S. 191.

Der erkennende Richter hat fortan nach genauer Prüfung aller Beweise, für die Anklage und Vertheidigung, nach seiner freien aus dem Inbegriff der vor ihm erfolgten Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden: ob der Angeklagte schuldig oder nicht schuldig, oder ob derselbe von der Anklage zu entbinden sey. Er ist aber verpflichtet, die Gründe, welche ihn dabei geleitet haben, in dem Urtheile anzugeben.

Auf vorläufige Lossprechung (Freisprechung von der Instanz) soll nicht mehr erkannt werden."

Lassen wir nun jene angedeuteten Bedenken bei Seite, erkennen wir in der Befreiung von Vorschriften einer oft nur äußerlichen Beweismessung [46]) einen Fortschritt, so müssen wir den nothwendigen Folgen Beifall geben, wonach jetzt nur auf schuldig, oder nicht schuldig, und im ersten Fall auf die volle gesetzliche (die ordentliche) Strafe gesprochen werden soll, wodurch natürlich die Berechnung des Strafmaaßes innerhalb der gesetzlichen Grenzen (Maximum und Minimum) nach allgemeinen Grundsätzen, um eine der Verschuldung entsprechende Ahndung zu bestimmen, nicht ausgeschlossen ist. Die außerordentliche Strafe in dem Sinne, wie sie das Preußische Recht bei unvollständigem Beweise zuläßt und gebietet, fällt mit allen ihren Inconsequenzen und Widersprüchen in der Regel hinweg, freilich ohne daß jetzt alle die Bedenklichkeiten beseitigt sind, die bei der Verurtheilung auf Indicien und dringende Verdacht-Wahrscheinlichkeit sich darbieten, und die nicht lediglich dadurch entfernt werden, daß ein Gesetzbuch die Grundlagen verläßt, auf welchen das Verbot einer solchen Verurtheilung in den Art. 22. der Peinl. G. O. Karls V. beruht. Ich beziehe mich auf

46) Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 146 fg.

meine dem gemeinen [47]) und dem Preußischen Recht [48]) gewidmeten Erörterungen über diese Streitfrage, und will nur bei dieser Gelegenheit erinnern, daß dies der Mittelpunkt sey, von welchem aus der Streit über die Statthaftigkeit des in dem vorliegendem Gesetze angenommenen Systems des gerichtlichen Beweises und über die Nothwendigkeit und Zulässigkeit des Schwurgerichts geführt werden müsse.

Man hat die hier eintretenden Bedenken sich nicht verhehlt. Die außerordentliche Strafe, wenn schon nicht mehr unter diesem Namen, der allein hinreichend ist sie zu verwerfen [49]), ist doch der Sache nach beibehalten, und es mag für die juristische Consequenz (elegantia juris) mit gutem Grunde der Billigkeit geopfert, oder die sonst zu besorgende Ungerechtigkeit (juris iniquitas) [50]) fern gehalten werden. Aber es liegt darin das Zugeständniß der überhaupt obwaltenden Unsicherheit bei dem Mangel des sonstigen vollen directen Beweises, und über diesen Punkt kommen auch alle neuere Gesetzgebungen nicht hinaus, welchen Namen und Form sie auch der Sache geben mögen, wenn sie in Ermangelung jener Voraussetzungen entweder einen vollen, auch auf bloße Anzeigen zu gründenden Beweis annehmen, aber die höchste Strenge der Strafen und die schwersten Strafarten ausschließen (wie bekanntlich das bayrische Strafgesetzbuch und fast alle neuere Gesetze über Anzei-

---

47) Die neuern Abhandlungen sind unter andern erwähnt bei Gelegenheit meiner Anzeige von Bauer's Abh. III. Bd. Göttingen 1843, in den kritischen Jahrbüchern für Rechtswissenschaft, J. 1845. S. 961 fg., vgl. auch J. 1840. S. 234 fg.

48) Meine historisch-praktischen Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens S. 235, und kritische Jahrb. für deutsche Rechtswissenschaft, J. 1843. S. 40 fg.

49) Meine angef. Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens S. 242.

50) Gaji Inst. Comm. I. 84. 85. III. 100. mit III. 25. 41.

genbeweis verfügen) [51]), oder mit der Preußischen Crim. O. anerkennen, daß der vollständige, zur ordentlichen Strafe erforderliche Beweis fehle, dann aber bei der hier auch logisch unhaltbaren Annahme einer dessen ungeachtet Statt findenden rechtlichen Zulässigkeit der Strafe diese als außerordentliche bezeichnen, und hier der Gerechtigkeit zu genügen glauben, wenn an die Stelle der qualitativen Differenz von Gewißheit und Wahrscheinlichkeit eine quantitative des höhern oder geringern Grades der Strafe gesetzt wird [52]). Das liegt nun einmal in der Beschaffenheit des menschlichen Erkennens. Ohne Ausnahme überall, auch in den eben gedachten Fällen, die Möglichkeit voller Ueberzeugung anzunehmen, und dann auf den Ausspruch des Schuldig ohne weitere Unterscheidungen die ordentliche Strafe eintreten zu lassen, — das ist einfach und folgerichtig, — aber es ist eine Bestimmung, die selbst nicht von Willkühr freizusprechen ist, für welche eine innere Rechtfertigung vermißt wird. Das ist die Gefahr, auf die ich wiederholt bei der Frage nach der Uebertragung der Functionen der Jury auf die rechtskundigen, von der Regierung angestellten Richter aufmerksam gemacht habe. Ich will nicht behaupten, daß diese Gefahr und jedes Bedenken hinwegfalle, wenn ein Schwurgericht neben den Urtheilen über die rechtlichen Folgen berufen wird, aber es bietet dies dann jedenfalls einen Standpunkt für die Würdigung des gesammten Bundesverfahrens dar, der außerdem vergebens gesucht wird.

Doch soll dies hier nicht weiter ausgeführt werden. Wir dürfen, wie bemerkt, unser neues Gesetz nicht tadeln,

---

51) S. auch Strafprozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg. Stuttgart 1843. Art. 290 mit 314. Nr. 3. und Art. 317. 337. 339. und Strafprozeß-Ordnung für das Großherzogthum Baden 1845. §. 248 fg. 263.

52) Meine angef. Erörterungen S. 257 fg.

wenn es hier mit Behutsamkeit zu verfahren vorschreibt und dem Gerichte eine Ermächtigung [53]) ertheilt, die äußerste Strenge auszuschließen, was ohne Zweifel bei den angegebenen Voraussetzungen auch als eine Pflicht betrachtet werden wird. Denn es verordnet §. 20:

„Der für schuldig Erklärte ist zur vollen gesetzlichen Strafe zu verurtheilen.

Wenn jedoch im Gesetze Todesstrafe oder lebenslängliche Freiheitsstrafe angedroht ist, so ist das Gericht ermächtigt, in denjenigen Fällen, in welchen gegen den für schuldig Erklärten ein nach den bisherigen positiven Regeln der Criminal-Ordnung für vollständig zu erachtender Beweis nicht geführt ist, anstatt der Todesstrafe auf lebenswierige oder zeitige Freiheitsstrafe, anstatt der lebenswierigen Freiheitsstrafe aber auf zeitige Freiheitsstrafe zu erkennen."

Man darf aber annehmen, daß zufolge der Freiheit, welche §. 19. dem Richter gestattet, in manchen Fällen der bloßen Wahrscheinlichkeit und des s. g. unvollständigen Beweises eine Nichtschuldig-Erklärung oder doch eine Entbindung von der Anklage erfolgen werde, wo die jetzt geltenden Vorschriften über die auf die Kategorie der Quantität und des Maaßes zurückgeführte Wahrscheinlichkeit den Richter nicht selten nöthigen, bei pflichtmäßiger Unterdrückung der bloßen Subjectivität, auf eine außerordentliche Strafe zu sprechen. Die in neuester Zeit häufig vorgebrachte Behauptung, daß auch nach der Criminal-Ordnung der Richter lediglich auf sein subjecti-

---

53) Wo die Todesstrafe eintritt, muß eine Nothwendigkeit anerkannt seyn. Ob sie im besondern Fall, wenn sonst ihre Voraussetzungen da sind, auszuschließen sey, oder nicht, sollte nicht von bloßer Ermächtigung des Richters abhängen. Nicht gegen die Sache, aber gegen die Form und den Ausdruck muß ich mich erklären. S. meine kritischen Betrachtungen über den Preuß. Strafgesetz-Entwurf Th. II. S. 281 fg.

ves Dafürhalten angewiesen sey, und in diesem Sinne als Geschworner urtheile, beruht auf mehrfachen Mißverständnissen, wenn sie nicht eine geflissentliche Entstellung zu Erreichung einer bestimmten, — wenn auch möglicherweise wohlgemeinten Absicht ist.

Die vorläufige Lossprechung (absolutio ab instantia) ist, wie bereits bemerkt (§. 19 a. E.), aufgehoben, sie mochte ihre bedingte Rechtfertigung haben; aber die Gründe gegen solche sind, zumal von einem höhern Standpunkte aus, überwiegend[54]). Die jetzt zulässige Erklärung, „daß der Angeklagte von der Anklage zu entbinden sey" (§. 19. 22.), ist zwar jener Maaßregel (denn so muß man das Urtheil des erwähnten Inhalts bezeichnen) verwandt, doch aber von derselben an sich und in den Voraussetzungen verschieden und läßt sich um so mehr vertheidigen, als man sonst genöthigt wäre, selbst bei eigentlich freisprechenden Erkenntnissen eine Wiederaufnahme der Sache zum Nachtheil des Angeschuldigten zuzulassen, die, allenfalls nach dem Untersuchungs-Verfahren folgerecht, doch auch hier vielfach bedenklich, und für den Anklage-Prozeß nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint[55]).

---

54) S. die Literatur bei Zachariä a. a. O. S. 294. Not. 1—3. Meine Abh. in den kritischen Jahrb. für deutsche Rechtswissenschaft, J. 1845. S. 690 fg.

55) Der §. 22. verordnet: „Der für nicht schuldig Erklärte darf wegen derselben Handlung nicht wieder unter Anklage gestellt werden. Gegen denjenigen aber, welcher nur von der Anklage entbunden wird, ist eine Erneuerung der Anklage, in sofern sie durch Anführung neuer Thatsachen oder Beweismittel begründet wird, so lange zulässig, als nicht bereits Verjährung eingetreten ist. Unter eben diesen Bedingungen ist eine Erneuerung der Anklage gestattet, wenn die frühere Anklage vom Staatsanwalt zurückgenommen, oder dessen Antrag auf Eröffnung der Untersuchung vom Gericht zurückgewiesen worden ist."

Mit der vollsten Zustimmung wird der §. 23. aufzunehmen seyn:

„Eine Bestätigung des richterlichen Urtheils durch den Justizminister findet nicht ferner Statt."

Diese Maaßregel (zu unterscheiden von der in gewissen Fällen der Vollstreckung vorausgehenden hohen Bestätigung der Urtheile letzter Instanz) hatte dazu dienen sollen, die Justiz-Oberaufsicht auszuüben und mittelbar Ersatz für den Mangel eines dem Staat zustehenden Rechtsmittels gegen gesetzwidrig freisprechende oder zu gelinde Urtheile zu leisten, vielmehr solchen in sofern entgegenzutreten, als der Justizminister, ohne irgendwie in die Rechtspflege einzugreifen, die Bestätigung verweigern und die Akten bei einem andern Obergerichte zum Spruch vorlegen lassen durfte. Dieselbe Maaßregel konnte mehrmals in einer Sache ergriffen werden. Das Rechtsmittel der weitern Vertheidigung gegen ein bestätigtes Urtheil erster Instanz war dadurch übrigens nicht gehemmt. Aber, was auch für scheinbare Gründe angeführt werden mochten, und wie sehr man anerkennen möge, daß ein Mißbrauch nicht wohl Statt gehabt habe, so mußte doch die bisherige Bestimmung, als ein mit dem Wesen der Rechtspflege und der geforderten Unabhängigkeit der Gerichte unvereinbare, und dem Vertrauen, welches letztere in Anspruch zu nehmen haben, hinderlich erkannt werden. Die allgemeine Stimme, die der Rechtsgelehrten in Preußen insbesondere, hat sich längst dagegen erklärt. Ich habe an andern Orten meine Ansicht vorgelegt [56]) und freue mich jetzt auch diesen Vorzug unseres Gesetzes rühmen zu dürfen. Durch die Befugniß des Staatsanwalts, auch seinerseits ein Rechtsmittel zu ergreifen, ist ohnehin das Interesse des Staats

56) Archiv des Criminal-Rechts 1835. S. 168. und daselbst weitere Nachweisungen. Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 79.

und der Regierung auf eine sichere und für die unparteiische Handhabung des Rechts würdigere und entsprechendere Weise wahrgenommen, als es nach dem alten Verfahren der Fall war.

Die Betrachtung führt uns nunmehr zu den Vorschriften über die Rechtsmittel, welche mit den Worten des §. 21. eingeleitet werden mögen:

„Eine besondere Belehrung des Verurtheilten über die ihm zustehenden Rechtsmittel bedarf es nicht.“

Es lag in der ganzen Weise der Auffassung des Richteramts, wie sich diese insbesondere auch in der bürgerlichen Prozeß-Ordnung ausspricht, daß dem Richter auch im Interesse der Betheiligten eine Reihe von Pflichten auferlegt würden, die streng genommen mit dem Rechtsprechen und der Unparteilichkeit nichts gemein haben, und vielmehr dem Rechtsbeistande zuzuweisen sind. Im Strafverfahren, namentlich wo dies in der Form des Untersuchungs-Verfahrens Statt findet, mag sich eine solche fürsorgliche Thätigkeit des Gerichts, wie z. B. die Ertheilung einer Belehrung des Verurtheilten, welche Rechtsmittel ihm gesetzlich zuständen — noch nach andern Rücksichten einigermaßen billigen lassen. Besser aber ist es, wenn durch gehörige Begünstigung der rechtlichen Vertheidigung auf eine unbefangenere Weise jener Pflicht genügt wird. Im Anklage-Verfahren bei der auf das eigentliche Rechtsprechen beschränkten Thätigkeit des Gerichts, bei dem Gegenüberstehen des Staatsanwaltes, als Anklägers, und in der Regel eines rechtsverständigen Beistandes, als Vertheidigers, bedarf es nicht einer amtlichen Belehrung jener Art, ja sie würde hier kaum einen geeigneten Platz finden.

An die bisher erwähnten Bestimmungen des ersten Titels, mit denen mehrere, denen das Gesetz eine spätere Stelle anweiset, bereits in Verbindung gebracht sind, schließen

sich nun unter II. „Besondere Vorschriften." A. Verfahren in erster Instanz, wobei unterschieden werden 1) leichte Verbrechen [57]) (§. 24—88.), wo die Untersuchung und Entscheidung durch commissorisch dazu bestellte Einzelrichter erfolgt, und die Geschäfte des Staatsanwalts durch gleichfalls commissorisch hiezu ernannte Polizei-Beamten geführt werden, und die Anklage schriftlich oder mündlich angebracht werden kann. Das Verfahren, auf den bisher erörterten Grundlagen beruhend, ist ein möglichst abgekürztes. Ferner 2) schwere Verbrechen [58]) (§. 39—63.), für deren Untersuchung und Beurtheilung Gerichts-Deputationen, welche aus drei Mitgliedern bestehen, bestimmt sind. Hier ist stets eine Anklageschrift, und „auf Grund derselben ein der Eröffnung der Untersuchung anordnender Beschluß der Gerichts-Deputation,

---

57) Dahin gehören nach §. 24. „diejenigen, welche in dem Gesetze mit Geldbuße bis zu funfzig Thalern, oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen, oder körperlicher Züchtigung, oder mit mehreren dieser Strafen zugleich bedroht sind." „Die Competenz dieser (Einzel-) Richter tritt auch dann ein, wenn neben diesen Strafen zugleich auf Ehrenstrafen zu erkennen ist. Ausgeschlossen von der Competenz der Einzelrichter bleiben jedoch die Fälle, in welchen entweder zugleich auf den Verlust des Adels, eines Amtes, Titels, einer Würde, oder des Rechts zum selbstständigen Gewerbebetrieb zu erkennen ist, oder in welchen die Verurtheilung für den Verbrecher den Verlust der Standschaft, der Gerichtsbarkeit, des Patronats oder Bürgerrechts, nach den gesetzlichen Bestimmungen unbedingt zur Folge hat."

58) Der §. 39. führt als solche an: „1) die im §. 24. bezeichneten Verbrechen, welche in der Schlußbestimmung desselben von der Competenz der Einzelrichter ausgeschlossen worden sind; 2) diejenigen Verbrechen, welche in den Gesetzen mit Geldbuße, deren höchstes Maaß funfzig Thaler übersteigt, oder Freiheitsstrafe, deren höchstes Maaß sechs Wochen, jedoch nicht drei Jahre übersteigt, oder mit diesen beiden Strafen zugleich bedroht sind, auch, wenn sie noch außerdem den Verlust von Ehren- oder anderen Rechten gesetzlich zur Folge haben; 3) des zweiten und dritten, großen gemeinen oder unter erschwerenden Umständen begangenen, und des ersten gewaltsamen Diebstahls."

in welchem der Name des Angeklagten und das ihn angeschuldigte Verbrechen zu bezeichnen sind", nothwendig. Das Verfahren erfolgt nach den bisher erwähnten Grundsätzen. Endlich 3) besonders schwere Verbrechen [59]) (§. 64 — 71.), wo zunächst wie bei denen der vorher gedachten Kategorie verfahren, aber stets der mündlichen Verhandlung „eine gerichtliche Voruntersuchung (§. 44 — 49.) vorhergehen muß, in welcher der Angeklagte zu hören ist." Ueber den Antrag des Staatsanwalts auf Versetzung des Beschuldigten in den Anklagezustand, entscheidet eine aus drei Mitgliedern bestehende Gerichts-Deputation (§. 66.). „Ist das Verbrechen in dem Gesetze mit einer höhern als zehnjährigen Freiheitsstrafe bedroht, so muß dem Angeklagten ein Vertheidiger, falls er einen solchen nicht selbst erwählt hat, von Amts wegen bestellt werden." (§. 69.) „Die mündliche Untersuchung und die Entscheidung erster Instanz erfolgt vor einer Abtheilung des Gerichts, welche aus sechs Mitgliedern, und wenn das Verbrechen im Gesetze mit lebenswieriger Freiheitsstrafe oder mit Todesstrafe bedroht ist, aus acht Mitgliedern bestehen soll. Bei allen Beschlüssen dieser Gerichts-Abtheilung, insbesondere auch bei Fällung des Urtheils, entscheidet Stimmenmehrheit. Sind die Stimmen gleich getheilt, so gilt die mildere Meinung." (§. 70.).

Wir werfen nunmehr den Blick auf das unter B. folgende „Verfahren in zweiter Instanz" (§. 72 — 89.).

Man hat bekanntlich als einen Hauptvorzug des schriftlichen Verfahrens eben die Möglichkeit des Ge-

59) Solche sind nach §. 64. „1) diejenigen Verbrechen, welche in den Gesetzen mit einer härtern Strafe als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, und welche nicht zu den im §. 39. Nr. 3. bezeichneten gehören; 2) alle Amtsverbrechen."

brauchs von Rechtsmitteln auf Grund der Akten geltend gemacht, während bei dem blos mündlichen Verfahren ein eigentliches Rechtsmittel nur in sofern möglich sey, als überhaupt ein wiederholtes Verfahren Statt finde, wobei dann jedenfalls, von andern Einwendungen abgesehen, das neue Urtheil sich nicht als Ergebniß einer Prüfung der Rechtmäßigkeit des vorigen darstelle, sondern eben ein ganz selbstständiges sey, dem eine andere Bedeutung als dem eines im engern Sinn s. g. zweiten Urtheils beigelegt werden müsse [60]). Ohne Zweifel würde dieses einen der gewichtigsten Gründe gegen die Einführung der Mündlichkeit und für die Beibehaltung der Schriftlichkeit seyn, wenn man keine andere Wahl bei der ersten hätte, als entweder auf die Möglichkeit der ordentlichen Rechtsmittel [61]) zu verzichten, oder eine Einrichtung zu treffen, welche unter den Voraussetzungen einer sehr erweiterten Richtigkeitsbeschwerde mittelbar einen Ersatz gewährte. — Man hat jedoch den Versuch gemacht [62]), die Schriftlichkeit und Mündlichkeit in einer Weise zu verbinden, welche die Vortheile der erstern auch hinsichtlich der Rechtsmittel gewährte, und diesen schließt sich nun auch das Preußische Gesetz an.

---

60) Es gehört einer andern nicht überall gehörig geschiedenen Seite der Betrachtung an, daß, wo das Schwurgericht besteht, und nach dem Verdikt der Jury das Urtheil gefällt ist, eine Appellation nicht Statt finden, sondern nur gegen Nullitäten die Cassation nachgesucht werden kann, wo dann auch wieder in Folge des renvoi ein ganz neues Verfahren und Beurtheilung erfolgt, welches eine durchaus andere Natur hat, als der einer in zweiter Instanz, durch Anwendung eines Rechtsmittels, bewirkten Prüfung einer Beschwerde, und falls diese gegründet befunden würde, der gerichtlichen Abhülfe derselben.

61) Vgl. Biener über die neuern Vorschläge zur Verbesserung des Criminalverfahrens für Deutschland. Berlin 1844. Principienfrage S. 23 fg.

62) S. die Note 51. angef. Badische Strafprozeß-Ordnung.

Ich werde mit Uebergehung weiterer Erörterung der Bestimmungen, die eine nothwendige Folgerung aus dem jetzt angenommenen Grundsatze der Mündlichkeit und des Anklage-Verfahrens sind, nur dasjenige hervorheben, was als besonders beachtenswerth erscheint. Dahin gehört, daß nach §. 72. „gegen jedes in erster Instanz ergangene Urtheil sowohl der Angeklagte, als der Staatsanwalt innerhalb einer präclusivischen Frist von zehn Tagen das Rechtsmittel der Appellation einzulegen berechtigt ist." Die Crim. O. kennt, obgleich gelegentlich auch wohl der Ausdruck Appellation vorkommt [68]), doch nur das Rechtsmittel der weitern Vertheidigung, wobei es denn folgerecht ist, daß nicht eine reformatio in durius oder pejus Statt findet. Dies Rechtsmittel kann der Natur der Sache nach nur dem Angeschuldigten, Verurtheilten ꝛc. zustehen. Für den Staat gewährt der Untersuchungsprozeß, der Form nach, kein rechtliches Mittel gegen gesetzwidrige Freisprechungen oder zu gelinden Urtheilen, wenn nicht ein anderer formeller Mangel es möglich macht, die Untersuchung wieder aufzunehmen. Diesem sollte auf anderm Wege abgeholfen werden, wovon oben bei Gelegenheit des Bestätigungsrechts des Justizministers die Rede war. Auch hat man später für gewisse Fälle das Rechtsmittel der Aggravation eingeführt, welches nur nach §. 106. „in den nach diesem Gesetze behandelten Untersuchungssachen nicht ferner Statt findet", und auch dies ist nur zu billigen.

Es ist materiell eben so gerechtfertigt, daß gegen ein beschwerendes Erkenntniß sowohl dem Angeklagten als dem Staatsanwalte ein und zwar dasselbe Rechtsmittel eingeräumt werde, wie es formell angemessen ist, dieses als Appellation (Berufung) zu bezeichnen; wenn es

---

68) Crim. O. §. 525. 526. 528. (Appellations-Richter.)

gleich für dem Angeklagten die Eigenschaft einer weitern Vertheidigung haben soll. Man würde nach dem Princip noch anzunehmen berechtigt seyn, daß der Erfolg der von einem Verurtheilten ergriffenen Appellation, wenn sich nicht eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses zu dessen Vortheil ergebe, im schlimmsten Fall die Zurückweisung, beziehungsweise die Bestätigung seyn müßte. Denn zu einer Abänderung zum Nachtheil selbst die Gelegenheit zu geben, ist wohl dem, der sich für beschwert erachtet, nicht zuzumuthen, und juristisch auch kein Bedürfniß, da ja der Staatsanwalt die Rechte der Regierung durch die auch ihm gestattete Appellation wahrnehmen kann und soll. (§. 72. 76. 77. 86.). Es kann, wenn der Staatsanwalt das Rechtsmittel ergreift, der Angeklagte sich derselben anschließen, hinsichtlich aller Theile des Erkenntnisses, gegen welche die Appellationsbeschwerden gerichtet sind. (§. 77.) Das ist eine rechtliche Begünstigung für den Fall, daß der Verurtheilte oder nur von der Anklage Entbundene nicht innerhalb der präclusivischen Frist (§. 72.) selbstständig appellirt hätte, aber freilich auch durchaus nothwendig, wenn man im Gegensatze zu jener als möglich gedachten Annahme vielmehr wahrnimmt, daß auch zum Nachtheil des appellirenden Angeklagten reformirt werden könne. Ausgesprochen ist dies hier und in der Reihe von Bestimmungen, welche vom Verfahren in zweiter Instanz handeln (§. 72—86.), nicht. In §. 86. heißt es nur: „Hat sowohl der Staatsanwalt als der Angeklagte appellirt, so wird über beide Appellationen gleich entschieden." In diesem Falle kann allerdings, ähnlich wie im bürgerlichen Rechtsverfahren, nach gemeinen und Landes-Rechten eine reformatio in pejus erfolgen: aber es ist dies nur scheinbar, weil dann das Urtheil auf die Beschwerde des Gegners, hier des Staatsanwalts und auf dessen Appellation zu beziehen ist,

widrigenfalls ein unzulässiges Hinausgehen ultra petita Statt finde. Allein aus dem, was (§. 87.) „das Verfahren in dritter Instanz" anordnet (wovon unter C. §. 87—97. die Rede ist), ergiebt sich, daß jene, wie ich glaube, nicht gerechtfertigte[64]) und jedenfalls nicht aus dem Grundsatze des Anklage-Prozesses abzuleitende Vorschrift wirklich aufgestellt ist, da in der Fassung des §. 87. durchaus kein Grund zu finden ist, ihn auf den Fall eines Erkenntnisses zu beschränken, welches auf beiderseitig eingewandte Appellation (§. 86.) ergangen war. „Weicht — die Entscheidung der zweiten Instanz von der ersten ganz oder theilweise ab, so steht dem Angeklagten, so weit das Urtheil erster Instanz zum Nachtheil desselben geändert worden — das Rechtsmittel der Revision zu." [65])

Die zuständige Behörde ist hier das Geheime Obertribunal. (§. 92. 95.). Es scheint mir aber auch aus den sonstigen Vorschriften über das Verfahren in der Revisions-Instanz, wenn ich sie richtig verstehe, jene — wie ich glaube — nicht zu billigende, Bestimmung hervorzugehen. Sollen einmal Rechtsmittel in dem Umfange wie es hier geschehen, in Strafsachen zugelassen werden, wobei, eben weil zwei einander gegenüberstehende Parteien

---

64) Meine Abh. in den Erlanger Jahrb. der Jurist. Literatur Bd. XXVI. S. 140 fg. Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 78 fg.

65) Die ganze Stelle lautet §. 87: „Das auf das Rechtsmittel der Appellation ergangene Urtheil zweiter Instanz ist rechtskräftig, wenn dadurch das Urtheil erster Instanz durchweg bestätigt, oder die Appellation für unstatthaft erklärt wird. Weicht aber die Entscheidung der zweiten Instanz von der der ersten ganz oder theilweise ab, so steht dem Angeklagten, so weit das Urtheil erster Instanz zum Nachtheil desselben geändert worden, dem Staatsanwalt aber, so weit eine Abänderung des Urtheils erster Instanz zu Gunsten des Angeklagten Statt gefunden hat, binnen einer präclusivischen Frist von zehn Tagen das Rechtsmittel der Revision zu. Diese Frist beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das Appellations-Urtheil verkündet oder behändigt worden ist." (§. 73.)

jede zur Appellation befugt sind, es völlig angemessen und gerecht ist, eine dritte Entscheidung zu gestatten (aus ähnlichen Gründen wie die, welche in Civilsachen drei Instanzen als ein anerkanntes Recht betrachten lassen); so dürfte es dem Zweck entsprechend seyn, dem dritten höchsten Urtheile die volle Freiheit zu belassen, und dasselbe nicht durch Voraussetzungen zu beschränken, die, als von Außen gegeben, dem Rechtsbewußtseyn und der Ueberzeugung des Revisions-Richters fremd sind, oder es doch seyn können. Eine solche Beschränkung finde ich in dem zu großen Gewicht, welches auf die Uebereinstimmung der bei dem Urtheile erster und zweiter Instanz gelegt wird. Es mag eher sich rechtfertigen, daß gegen zwei völlig gleichlautende Urtheile ein weiteres (ordentliches) Rechtsmittel nicht mehr Statt finden soll, als daß, wenn ein solches im Fall einer Abweichung zulässig ist, die Abänderung sich lediglich innerhalb der Grenzen dieser Abweichung bewegen darf, da ja das erkannte materielle Recht etwas Anderes und dem Revidenten Günstigeres fordern kann, dem freilich, und schon hier liegt die erste Ursache dieser beengenden Bestimmung, schon durch die Voraussetzung der Revision eine solche Hoffnung abgeschnitten ist (§. 87.).

Es verordnet nämlich §. 96: „Erachtet das Revisionsgericht die Beschwerde für begründet, so hat es das Urtheil zweiter Instanz abzuändern; doch darf diese Abänderung nicht weiter gehen, als das Urtheil zweiter Instanz von dem der ersten abweicht.“ 66).

Die andere Beschränkung ist freilich fast nothwendig durch die organischen Einrichtungen geboten. Sie hängt damit zusammen, daß ein solches mündliches Verfahren, wie es §. 86. auch für die zweite Instanz vorschreibt, bei

66) Es drängen sich hier mehrere Bedenken auf, deren Ausführung hier unterlassen wird, um die der Abhandlung gesetzten Grenzen nicht zu überschreiten.

dem Geheimen Obertribunal nicht wohl auszuführen wäre, wenn nicht mehrmalige Beweisaufnahme und Wiederholung aller Verhandlungen ꝛc. Statt finden sollte, was nur unter großen Schwierigkeiten der Fall seyn würde. Hier ist daher das Verfahren rein schriftlich, nicht contradictorisch (§. 90. 92. 93.). Die Vorverhandlungen erfolgen bei dem Gerichte erster, oder auch zum Theil zweiter Instanz (90. 92. 94.), und es wird dann, „bei einem aus zehn Mitgliedern bestehenden Senate des Geheimen Obertribunals, auf den schriftlichen Vortrag eines Referenten entschieden, dem jedoch ein Correferent beigeordnet werden muß, wenn in erster oder zweiter Instanz auf eine zweijährige Freiheitsstrafe, oder auf eine noch härtere Strafe erkannt ist" (§. 95.). Hier handelt es sich nur um die rechtliche Würdigung der übrigens als bewiesen anzunehmenden, früher dem Urtheile unterworfen gewesenen Voraussetzungen (also um die Größe der Strafe), und der Revisions-Richter hat nicht das Recht, welches dem Richter der frühern Instanz (§. 19.) eingeräumt ist, seiner individuellen (wenn auch zu begründenden) Ueberzeugung über die Richtigkeit der Thatsachen zu folgen; er muß hier sich dem Urtheil — (nicht von Geschwornen, sondern) des Richters voriger Instanz über das Factum hingeben [67]). Denn §. 91. verordnet:

„Die Entscheidung des Appellationsgerichts darüber, ob und in wie weit die in der Untersuchung zur Sprache gekommenen Thatsachen für erwiesen anzunehmen sind, oder nicht, kann in der dritten Instanz nicht mehr angefochten werden."

Ich verkenne keineswegs, was sich zur bedingten Rechtfertigung dieser Bestimmungen geltend machen läßt. Aber es scheint mir, als dürfte den jetzt noch bestehenden

67) Meine Beiträge zur Strafprozeß-Gesetzgebung S. 146 fg.

Hindernissen wohl auf eine erfolgreiche Weise durch die zu erwartende umfassendere Gesetzgebung begegnet werden können.

Als ein gemeinsames außerordentliches Rechtsmittel steht sowohl dem Angeklagten als dem Staatsanwalt die Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil zu: jenem zu jeder Zeit, also selbst wenn die Strafe (z. B. Freiheitsentziehung) ganz oder theilweise vollstreckt ist, wo dann das Interesse auf Herstellung des ehrlichen Namens und Abwendung sonstiger an die Strafe sich knüpfender Nachtheile gerichtet ist; diesem (dem Staatsanwalte) nur so lange, als das Verbrechen nicht verjährt ist. Eine nothwendige, in der Natur der Strafverfolgung gegründete Bestimmung, wonach man aber annehmen muß, daß diese Restitution überhaupt nur gegen ein mit Unrecht freisprechendes Urtheil zulässig sey (§. 98.). Es ließe sich der Fall denken, daß eine verbrecherische Handlung unter einen falschen Gesichtspunkt gezogen und viel zu gelinde beurtheilt sey, unter Voraussetzungen, wo die Restitution bedingt wäre, also, wo auf eine falsche Urkunde, oder auf die Aussage eines meineidigen Zeugen das Erkenntniß gegründet war. Dieser Fall dürfte aber nach den Vorschriften von §. 98—102. in ihrem Zusammenhange und in Verbindung mit §. 22. (welcher mindestens eine Analogie darbietet) hier nicht zu verstehen seyn. Ferner aber wäre denkbar, daß der Staatsanwalt sich von der auf die §. 98. erwähnten falschen Voraussetzungen gegründeten Verurtheilung eines Unschuldigen überzeugt und nun im Wege der Restitution die Gutmachung des Unrechts beantragen wollte, wie er ja noch §. 6. „nicht blos darauf zu achten hat, daß kein Schuldiger der Strafe entgehe, sondern auch darauf, daß Niemand schuldlos verfolgt werde." Allein auch dies scheint nicht im Sinne des Gesetzes zu liegen, wie sich unter Anderm eben schon aus der

Beschränkung der Befugniß des Staatsanwalts, Restitution zu suchen, auf die Verjährungszeit ergiebt. Dies weiset offenbar auf eine Ausübung des Anklagerechts, also eine Handlung zum Nachtheil des Angeschuldigten hin. Und doch wird nicht in allen Fällen dieser Art die Abhülfe schon dadurch gesichert seyn, daß der Verurtheilte das Recht und das Interesse hat, seinerseits Restitution zu beantragen — es wäre möglich, daß jene Umstände (Falschheit der Urkunden, des Zeugnisses) zur Kenntniß des Staatsanwalts gelangten, während sie den Betheiligten fremd sind [68]). Soll der Staatsanwalt nicht blos Gegner des Andern, sondern Wächter des Gesetzes und eine Stütze der Gerechtigkeit seyn; so muß es auch — wenn gleich nicht nothwendig in der Form eines von ihm ausgehenden Restitutionsgesuches und gleichsam eines Verfahrens wider sich selbst, zu dem man sich nicht wohl entschließen kann — rechtlich möglich werden, hier einen genügenden Ausweg zu finden.

„Wird das Restitutionsgesuch für begründet erachtet, so hat das Gericht sofort das mündliche Verfahren über die Sache zu erneuern, und unter Aufhebung seines frühern Urtheils ein neues zu fällen, gegen welches die gewöhnlichen Rechtsmittel in den noch offen stehenden Instanzen zulässig sind.“ (§. 102.)

---

68) Dagegen läßt sich nicht einwenden, ein solcher Fall sey unmöglich: dem wirklich Unschuldigen, der auf den Grund von Urkunden oder Zeugnissen, die gegen ihn vorgebracht sind, verurtheilt worden, könne jene Falschheit rc. nicht unbekannt seyn, er werde also stets selbst für sich zu sorgen vermögen. Denn es kommt nicht auf seine Kenntniß und seinen Glauben dieser Unrichtigkeit an, die er möglicherweise während der Untersuchung rc. schon geltend zu machen gesucht hat, nur leider vergebens. Vielmehr wird nach §. 98. erfordert, daß „er darzuthun vermag, daß das Urtheil auf einer falschen Urkunde, oder auf der Aussage eines meineidigen Zeugen gegründet ist.“

Dies ist auf allgemeinen Grundsätzen beruhend. Die nunmehr §. 103 — 105. angegebenen Folgen der Einlegung der Rechtsmittel auf die Haft des Angeklagten und die §. 108 — 109. erwähnten Vorschriften über die Kosten geben zu besondern Bemerkungen nicht Anlaß [69]).

Dem Angeklagten ist auf Verlangen eine Ausfertigung des Urtheils, und zwar wenn das Urtheil auf Strafe lautet, auf seine Kosten, sonst aber kostenfrei zu ertheilen. Unvermögenden Verurtheilten ist die Mittheilung einer Urtheils-Ausfertigung nicht zu versagen, wenn sie derselben zur Einlegung eines Rechtsmittels bedürfen.

Bekanntlich ist es Gegenstand des Streits geworden, ob nach der Crim. Ordn., die von der Urtheilsformel spricht, auch die Entscheidungsgründe mitzutheilen seyen. (§. 534 — 535.). Wir lassen diese Controverse hier bei Seite, und bemerken nur, daß zunächst schon die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit jetzt die Folge hat, daß auch die Entscheidungsgründe im weitern Kreise bekannt werden. (§. 15. 19. 62.). Unser neues Gesetz spricht ferner nicht mehr von der Formel des Urtheils, sondern allgemeiner von den Urtheilen, zu dessen Ausfertigung nach dem Sprachgebrauche, der wenigstens in Civilsachen überall beobachtet wird, auch die Mittheilung der Gründe gehört. Der §. 62. sagt ausdrücklich, es solle das Urtheil mit den Gründen abgefaßt — und zur Verkündung desselben nöthigenfalls ein neuer Termin bestimmt werden, und ein Argument gegen unsere Ansicht folgt wohl nicht aus §. 63, der von dem Termins-Protokoll im mündlichen Verfahren handelt, und wo es zu-

69) Der §. 106. angeordneten Aufhebung des Rechtsmittels der Aggravation ist bereits gedacht worden. Der §. 103. bestimmt, daß „das in den §§. 577 — 587. der Criminal-Ordnung vorgeschriebene Contumacial-Verfahren gegen flüchtige und abwesende Verbrecher auch fernere Anwendung findet.“

letzt heißt: „Die Niederschreibung des Urtheils und der Gründe desselben in das Termins-Protokoll findet in Sachen der hier in Rede stehenden Art nicht Statt; vielmehr ist das Urtheil besonders abzufassen und nur die geschehene Vollendung in dem Protokoll zu vermerken."

Gedenken wir noch kürzlich des in dem zweiten Titel (§. 111 — 129.) vorgeschriebenen „Verfahrens bei Untersuchung der Polizei-Vergehen."

Die hervortretenden Bestimmungen, deren Werth für die Rechtspflege sich nicht verkennen läßt, sind zunächst die auch für die genannten Vergehen eingeführte gerichtliche Verhandlung vor Polizei-Richtern, die die volle richterliche Qualität haben [70]), wo dann in der ersten Instanz in der Regel dasselbe Verfahren anzuwenden ist, welches nach §. 26 — 38. für die leichten Verbrechen besteht (§. 115.), nur daß der Angeschuldigte sich in dieser und der folgenden Instanz durch einen Bevollmächtigten aus der Zahl der Justiz-Commissarien auf seine Kosten vertreten lassen darf. Die Stelle des Staatsanwalts vertritt hier ein Polizeianwalt (§. 113 mit §. 25.). „Die in Ansehung der Verbrechen ertheilten allgemeinen Vorschriften des ersten Titels über das mündliche Verfahren vor dem erkennenden Gericht (§. 15 — 17.), die Ausschließung der Zwangsmittel gegen den Angeschuldigten (§. 18.), so wie über den Beweis und das Urtheil (§. 19 — 22.) finden auch bei Polizei-Vergehen Anwendung" (§. 114.). „Gegen die Entscheidung steht jedem Theil der Recurs, aber kein weiteres Rechtsmittel an die aus drei Mitgliedern bestehende Deputation des Criminal-

---

70) Es verordnet §. 112: „Die Verwaltung dieser Polizei-Gerichtsbarkeit soll nicht ferner von dem Polizei-Präsidium, sondern in erster Instanz von einzelnen Polizei-Richtern geführt werden, welche das Kammer-Gericht commissorisch zu diesem Geschäft zu ernennen und zu beaufsichtigen hat."

Senats des Kammergerichts zu, welche nach §. 80. in zweiter Instanz über die leichten Verbrechen (§. 24.) zu erkennen hat." (§. 119.) Auch in der Recurs-Instanz findet das mündliche Verfahren Statt. (§. 121 mit §. 81—86.) [71]

Neben diesem „ordentlichen Verfahren" soll noch ein „Mandats-Verfahren" (§. 122—128.) in einer von dem Mandat in bürgerlichen Rechtssachen entlehnten Weise eintreten, für welches in Rügesachen etwas Aehnliches und Entsprechendes bisher noch nicht bestanden hat. Es enthält eine Abweichung von der sonst unerlaßlichen Voraussetzung eines rechtlichen Gehörs, allerdings eine nur scheinbare, indem dieses auch durch das Strafmandat nicht ausgeschlossen und letzteres nicht sofort vollstreckt wird, wenn der sofort bei offenkundigen Vergehen verurtheilte Angeschuldigte von dem ihm vorbehaltenen Vertheidigungsrechte Gebrauch machen will. Alsdann, so wie wenn gleich Anfangs der Angeschuldigte dem Polizei-Richter vorgeführt wird, erfolgt das ordentliche Verfahren (nach §. 115—121.). Man kann also sagen, daß hier die Regel des bedingten Mandatverfahrens (mandatum cum clausula) zur Anwendung komme. Der nicht erscheinende Verurtheilte wird angesehen, als unterwerfe er sich dem Strafmandat (§. 124.), kann aber, wenn er durch unabwendbare Umstände am Erscheinen verhindert war, auf Restitution antragen (§. 125.). Wird das Gesuch bewilligt, so tritt wieder das ordentliche Verfahren ein, indem die Sache an die erste Instanz

---

71) Vgl. Scheller a. a. O. S. 91. und die Motive zur Strafprozeß-Ordnung vom J. 1828. S. 58, wo das Verhältniß der Justiz zur Polizei in Strafsachen ausführlich erörtert, und der jetzt gemachte Fortschritt beantragt werden, die bisher den Polizeibehörden noch eingeräumten richterlichen Functionen völlig den Gerichten zu übertragen.

zurückgeht. Gegen widerholten Ungehorsam giebt es kein Rechtsmittel, wohl aber gegen die Resolution, welche das Restitutionsgesuch zurückweiset, eine Beschwerde (§. 125—127.).

Das sind die Grundzüge des neuen in der Geschichte der Preußischen Strafprozeß-Gesetzgebung Epoche machenden Gesetzes, welche wir mit näherm Eingehen auf die wichtigsten besondern Bestimmungen vorgelegt und mit Bemerkungen begleitet haben. Unter den öfters erwähnten Gegensätzen des alten und des neuen Verfahrens, wobei zu zeigen sich Gelegenheit fand, wie weit die jetzt allgemeiner sich geltend machenden Anforderungen auch in Preußen Anerkennung erlangten, hat der Mündlichkeit der Verhandlungen bereits mehrmals gedacht werden müssen, da dies durch den nahen Zusammenhang mit der Darstellung des Verfahrens, dem eben die Mündlichkeit eigenthümlich ist, geboten war. Der Oeffentlichkeit wurde nur im Vorübergehen als einer beschränkten erwähnt. Wir gedenken auch über diesen Punkt, nicht mit Wiederholung anderer Ausführungen, die Gründe für und wider zu erörtern. Unser Gesetz hat, selbst bei der aufgestellten Beschränkung, den Grundsatz anerkannt [72]). Darauf ist der Werth zu legen: das Mehr oder Minder erscheint hier untergeordnet, wo ohnehin die Räumlichkeit und andere Rücksichten Beschränkungen gebieten können. Und obgleich der Grundsatz selbst fast nur auf eine allerdings

72) Das wenige hierher Gehörige enthält §. 17. „Zu dem mündlichen Verfahren haben, außer den dabei betheiligten Personen, alle Justiz-Beamte, insbesondere auch die Justiz-Commissarien, Referendarien und Auscultatoren, Zutritt. Alle in der Sache nicht betheiligte Personen müssen sich aber entfernen, wenn der Angeklagte darauf anträgt, oder das Gericht dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit für angemessen erachtet." Vgl. Gesetz über den summarischen 2c. Prozeß vom 1. Juni 1833. und über das Verfahren in Civilprozessen vom 21. Juli 1846.

bedeutend erweiterte Gerichtsöffentlichkeit sich zurückführen läßt, so dürfen wir doch der Hoffnung Raum geben, daß auch in dieser Hinsicht eine Erweiterung Statt finden werde, wie sie bereits in andern deutschen Ländern (außer den Rheinprovinzen Preußens, Bayerns, des Großherzogthums Hessen und bei Rhein) mit gutem Erfolge eingeführt ist [73]).

Das neue Verfahren, welches bisher geschildert worden, ist zwar nur für den Bezirk des Kammergerichts und des Criminalgerichts zu Berlin vorgeschrieben, wo es bereits, seit der kürzen Zeit seiner Geltung, sich so vielfach bewährt, so viel Theilnahme erweckt hat, daß man die weitere Anwendung der hier anerkannten Grundsätze nicht bezweifeln darf. Es liegt in der Natur der Sache und in der wohlverstandenen Politik der Gesetzgebung, daß nicht verschiedene zum Theil entgegengesetzte Principien für die Form des Verfahrens, für den Inhalt, für den Beweis, die Rechtsmittel neben einander in den Gebieten befolgt werden können, die seither unter der Herrschaft der nämlichen Gesetze gestanden haben, und bei denen das gleiche Bedürfniß der Verbesserung sich fühlbar macht. Es ist ein anderer Gesichtspunkt der Sache, wenn in den alten Provinzen des Königreichs und in der Rheinprovinz eine solche, durch die Landes-Regierung nicht herbeigeführte, sondern auf geschichtlicher Grundlage beibehaltene Verschiedenheit Statt findet. Allein es ist auch in dem Gesetze selbst ausdrücklich ausgesprochen, daß allgemein „ein mündliches Verfahren vor dem erkennenden Richter" eingeführt werden solle. Die Vorarbeiten sind begonnen, aber man wollte nicht zögern, dieses Verfahren zunächst da einzuführen, wo

---

73) Württembergische Strafprozeß-Ordnung Art. 279 (mit 275—278.). Badische §. 224 fg.

die Gerichtsverfassung keine Schwierigkeiten entgegenstellt. So ist denn für die genannten Gerichtsbezirke dieses neue Prozeßgesetz nicht als ein singuläres eingeführt, und es darf daher um so zuversichtlicher der baldigen Verkündigung eines auf den erörterten Grundsätzen beruhenden allgemeinen Gesetzes über das Verfahren entgegengesehen werden, als die Gründe für das gegenwärtige ausdrücklich in ihrer Allgemeingültigkeit anerkannt sind [74]), und eben so in dem bürgerlichen Prozesse durch das mehrfach in Bezug genommene Gesetz dem Verfahren, welches durch die Verordnung am 1. Juli 1833 vorgeschrieben worden, „eine erweiterte Anwendung und vervollständigte Ausbildung" gegeben ist [75]), nachdem auch hier die Erfahrung zu Gunsten dieser neuen Gestaltung des Prozesses gesprochen hat.

---

74) In der Einleitung bez. dem Publications-Patent erklärt der König: „Schon seit Unserm Regierungsantritt ist Unsre Absicht dahin gerichtet gewesen, zur Herbeiführung einer der Würde des Richteramts entsprechenden schleunigen und doch gesicherten Rechtspflege die Vorschriften der Criminal-Ordnung vom 11. Dec. 1805 und der Allgemeinen Gerichts-Ordnung Th. I. Tit. 35. Abschn. 2. einer Umgestaltung zu unterwerfen und ein mündliches Verfahren vor dem erkennenden Richter in Unsern Provinzen, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt, einzuführen. Bei den umfassenden Vorarbeiten, welche die endlichen Bestimmungen hierüber und insbesondere die jedenfalls nöthige sorgfältige Berücksichtigung der bestehenden Gerichts-Verfassung erfordern, haben Wir beschlossen, ein solches Verfahren zunächst nur bei den Gerichten Unsrer Haupt- und Residenzstadt Berlin, deren Verfassung hierbei keine Schwierigkeit entgegenstellt, anzuordnen."

75) Verordnung über das Verfahren in Civil-Prozessen vom 21. Juli 1846. Einleitung.

VII.

Ueber den Grund der milderen Beurtheilung des Kindsmordes,

dogmengeschichtlich dargestellt

von

Hepp.

§. 1.

So allgemein man auch neuerdings darin einverstanden ist, daß der Kindsmord [1]), obgleich eine Art des Verwandtenmordes, nach milderen Grundsätzen wie dieser zu beurtheilen sey, ja daß derselbe als Kindsmord im eigentlichen und engeren Sinne selbst eine mildere Beurtheilung als der gemeine Mord, also niemals Todesstrafe, und als Kindstodschlag eine mildere Strafe als die des gemeinen Todschlags (welche jetzt regelmäßig in Freiheitsstrafe besteht) verdiene: so bestritten war es doch von jeher, und ist es auch noch jetzt, auf welchem Grunde diese, allgemein anerkannte, mildere Beurtheilung des Kindsmordes beruhe; und doch hängt von der Entscheidung dieser Frage der danach enger oder weiter zu bestimmende Begriff und Thatbestand dieses Verbrechens ab.

Die P. G. O. giebt im Art. 131. Abs. 1. als Grund der milderen Beurtheilung lediglich den an: „darin-

1) Diesen Begriff in weiterem Sinne, d. h. mit Inbegriff des Kindstodschlags genommen.

nen Verzweifflung zu verhütten", was Gobler durch: „ad desperationem praeveniendam vitandamque", Remus durch: „quia *ob cruciatus moram*[2]) desperationis subest periculum" übersetzen (p. 142, 143. ed. Abegg). Die P. G. O. sagt nämlich: die gewöhnliche Strafe der Kindsmörderinnen sey lebendig begraben und gepfählt werden. Diese unmenschliche Art der Todesstrafe sey aber ganz geeignet die Verbrecherinnen zur Verzweiflung zu bringen, und um dieß zu verhüten, mit a. W. weil die Strafe gar zu unmenschlich sey, sollte da „wo Bequemlichkeit des Wassers darzu vorhanden", an die Stelle derselben die Strafe des Ertränkens treten, welche auch sonst, z. B. bei der Verrätherei, Art. 124, die Stelle einer qualificirten Todesstrafe (dort des lebendig Viertheilens) für Weiber vertritt [3]).

2) d. h. wegen der lang andauernden Martern.

3) Die Strafe des Ertränkens kann überhaupt nicht unbedingt zu den einfachen Todesstrafen gezählt werden, weil sie, wie es in der sie abschaffenden Baierischen Malefizordn. v. J. 1616 heißt, ein langsamer Tod ist. Vgl. Schwäb. Landr. Kap. 231: „und soll ihn (den Sack) in dem Wasser liegen lassen einen halben Tag, und ist er dennoch nicht todt, so lasse man ihn länger", und überhaupt Böhmer in diesem Archiv Bd. IV. S. 381. In der P. G. O. kommt sie als Surrogat sowohl der Strafe des Rades, als der Schwerdtstrafe vor, vgl. Art. 137 mit 130; und besonders der Art. 124. von der Verrätherei steht darin dem Art. 131. nahe, daß nach beiden die Strafe des Ertränkens unter Umständen verschärft, beziehungsweise in eine schwerere Todesstrafe übergehen soll. Denn es heißt im Art. 124: „wo aber solche verretherey großen Schaden oder ergernuß bringen möcht. . . . . so mag die straff durch schleyffen oder zangenreißen gemehrt werden"; und im Art. 131: „Wo aber solch übel offt geschehe, wollen wir die gemeldten gewohnheit des vergrabens und pfalens, umb mehr forcht willen, auch zulassen", doch kann statt dessen die Strafe des Ertränkens durch glühende Zangen geschärft werden — also ganz wie bei der Verrätherei, unter welche auch der Mord des Mannes durch die Frau (als kleiner Verrath) fällt, während der Mord unter Ehegatten nach Art. 137. unbedingt mit qualificirter Todesstrafe bedroht ist.

Wie wenig die P. G. O. bei dieser Substituirung einer andern Art der Todesstrafe daran dachte, in dem Kindsmorde ein im Allgemeinen milder als der Verwandten- und nun gar der gemeine Mord zu beurtheilendes Verbrechen zu finden, erhellt insbesondere aus dem Abs. 2. desselben Artikels (131.), wo dasselbe „ein unchristlich und unmenschlich Uebel" an einem „unschuldigen Kindlein" genannt wird. So spricht kein Gesetzgeber von einer That, die er entschuldigen oder irgendwie milder beurtheilen will. Vielmehr drückt er dadurch seinen vollsten Abscheu vor der That — als begangen an einem unschuldigen, wehrlosen Kinde von der eignen Mutter — aus. Aber aus diesem klar ausgesprochenen vollen Abscheu vor der „unchristlichen und unmenschlichen" That folgt noch nicht die Beibehaltung jener gräßlichen Todesstrafe, welche an Unmenschlichkeit alle andern qualificirten Todesstrafen, welche in der P. G. O. vorkommen, übertrifft. Deshalb und nur deshalb hob sie, die es sich ja überhaupt zur Aufgabe gemacht hatte, vorgefundene Mißbräuche abzuschaffen, das lebendig begraben und pfählen auf.

Aber, könnte man einwenden, weshalb verwies die P. G. O. nicht statt dessen auf die Strafe des Verwandtenmordes, wie solche im Art. 137. von ihr selbst ausgesprochen worden ist? Hierauf ist zu erwiedern, daß nicht nur die Strafe des Ertränkens auch sonst als Surrogat einer qualificirten Todesstrafe vorkommt (Anm. 3.), sondern die P. G. O. jene alte Gewohnheitsstrafe nicht ganz aufheben, sondern nur in ihrer Anwendung beschränken wollte. Denn sie setzt ausdrücklich hinzu: „Wo aber solche übel offt geschehn, wollen wir die gemelten gewonheyt des vergrabens und pfelens, umb mer forcht willen, solcher boßhafftigen weyber auch zulassen, oder aber das vor dem ertrenken

die übelthätterin mit glühenden zangen gerissen werde, alles nach radt der rechtsverständigen." Auch so konnte kein Gesetzgeber sprechen, wenn er das Verbrechen des Kindsmordes milder beurtheilen wollte, und die P. G. O. mußte sich dabei wohl selber eingestehen, daß diese Voraussetzung häufig genug eintreten werde, weil Kindsmord ein weit verbreitetes, unter allen Mordthaten am häufigsten vorkommendes „Uebel boßhafftiger weyber", wie sie auch hier noch genannt werden, sind. Endlich, wenn man hier auch eine Inconsequenz der P. G. O., oder ein Uebersehen dessen, was 6 Artikel weiter vorkommt, annehmen will — begegnet dergleichen nicht auch unsern neuesten Gesetzgebungen, so wohl durchdacht und berechnet sie auch im Uebrigen sind?

Nur diese Auslegung, nach welcher die P. G. O. das Verbrechen selbst nicht milder beurheilen, sondern nur die Anwendung einer unmenschlichen Strafe auf dasselbe erschweren wollte, steht in geschichtlichem Zusammenhange mit der Rechtsansicht zur Zeit und vor der P. G. O., so wie mit der Praxis nach derselben. Denn daß im Mittelalter (wie schon nach römischem Rechte) die Tödtung neugeborner Kinder, sey es durch die uneheliche oder eheliche Mutter, zu dem Verwandten- also qualificirten Morde gezählt wurde, kann eben so wenig bezweifelt werden, als es gewiß ist, daß die Praxis in Deutschland vom 16ten bis in das 18te Jahrhundert von eben dieser Ansicht ausging, wie Wächter in seinem Lehrbuch rc. Th. 2. S. 151 fg. und in diesem Archiv Jahrg. 1834. S. 74—78. nachgewiesen hat. Doctrin und Praxis fanden daher in der P. G. O. nicht mehr ausgesprochen, als was in der Wirklichkeit in ihr ausgesprochen war.

Erst der neueren Doctrin und Praxis blieb es vorbehalten, die P. G. O. in einem ihr ganz fremden

Sinne, nämlich dahin auszulegen, daß sie eine mildere Beurtheilung des Verbrechens des Kindsmordes im Auge, und dazu auch ihre guten Gründe gehabt haben soll. So sagt z. B. Feuerbach, Lehrbuch §. 239: „Die Furcht vor dem Verluste der Geschlechtsehre — diese gewöhnliche, an sich edle, und gerade in besseren Gemüthern vorzüglich gewaltige Triebfeder zur Begehung des Kindsmordes — ist der Hauptgrund, welcher dieses Verbrechen gegen den Verwandtenmord auf eine geringere Stufe der Strafbarkeit herabsetzt. Daher ist (durch die P. G. O.) dem Kindsmord eine gelindere [1]) Todesstrafe, das Ertränken, bestimmt, wofür die ältere Praxis auf die Enthauptung erkannte. Nur ausnahmsweise, wenn dieses Verbrechen an einem Orte sehr überhand genommen hat, erlaubt das Gesetz eine martervolle Todesstrafe." Eben so Grolman, Strafrechtswissenschaft, §. 279: „Die allgemeinen Milderungsgründe haben zwar auch bei diesem Verbrechen die Wirkung, wie bei dem Verbrechen der Tödtung überhaupt (§. 263.); allein man muß nicht vergessen, daß die gesetzliche Strafe schon auf den Fall berechnet ist, daß die Mutter sich, zur Zeit der That, in dem schrecklichen Zustande befunden habe, zwischen dem Verluste der Geschlechtsehre und der Verläugnung der mütterlichen Gefühle wählen zu müssen, und es können daher die allgemeinen Schilderungen der unglücklichen Lage gefallener Mädchen, welche beinahe jede Defensionsschrift für Kindsmörderinnen auszieren, nur als leere Tiraden betrachtet werden."

So äußert sich auch Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw., Th. 1. S. 341. (§. 168.): „Im Allgemeinen heißt ein jeder von Eltern an einem ihrer Kinder vollbrachter Mord Kindsmord. Es hat aber theils der

1) Allerdings eine gelindere, aber nur im Verhältniß zu der bestehenden unmenschlichen Gewohnheitsstrafe.

Umstand, daß Mordthaten an unehelichen Kindern am häufigsten sind, theils die ihnen zu Grunde liegende eigne Absicht, die Schande der unehelichen Geburt zu vermeiden, und sich von der Verbindlichkeit, die Kinder zu ernähren, zu befreien [5]), zu einem weit beschränkteren Begriffe vom Kindsmorde Veranlassung gegeben." Ferner ebendaselbst (S. 343.): „In der unehelichen Geburt liegt die Haupttriebfeder zur Vollbringung des Kindsmordes, indem hier Schande und Mangel an Kräften zur Ernährung des Kindes die gewöhnlichen Verhältnisse bei unehelicher Schwangerschaft sind..... Ueberlegung ist vollkommen vorhanden, sobald die Mutter nur die Vorstellung hat, sich durch die Vernichtung des Kindes die Schande und andere Nachtheile der unehelichen Geburt zu ersparen, oder von der Beschwerde der Ernährung desselben zu befreien."

Bei diesen und andern Schriftstellern der damaligen Zeit dreht sich mithin Alles um die an sich edle Triebfeder, (durch die Tödtung des Kindes) die Schande einer unehelichen Geburt zu vermeiden, welche nach Feuerbach die gewöhnliche, also regelmäßige Triebfeder seyn soll, während Tittmann dieselbe mit der Absicht das Kind los zu werden, identificirt, weil er wohl einsah, daß sonst die mildere Strafe des Kindsmordes nicht so gar oft,

---

5) Dieses Motiv soll doch wohl nicht die Strafbarkeit der Handlung herabsetzen? Tittmann a. a. O. S. 344. Anm. bemerkt indeß: „Die Absicht, sich von der Verbindlichkeit der Ernährung des Kindes zu befreien, ist der Absicht, sich der Schande unehelicher Geburt zu ersparen, völlig gleich. Denn immer bleibt bei dem Kindsmorde von der hier genommenen Seite, die Absicht sich von dem Kinde zu befreien, die Hauptsache, und es kann daher auch eine Hure einen Kindsmord im engeren Sinn begehen". Welche Begriffsverwirrung! Müßte nicht danach jede Tödtung der Kinder durch die Eltern milder beurtheilt werden?

wie Feuerbach, Grolman und Andere vermeinen, in Anwendung kommen könnte. Wirklich glaubte man auch in der P. G. O., Art. 131. Abs. 2, diesen Hauptgrund der milderen Beurtheilung des Kindsmordes in den Worten: „ihre geübte (verübte) Leichtfertigkeit zu verbergen", ausgesprochen zu finden, obwohl darin mehr nicht liegt, als daß eine außerehelich geschwängerte Mutter als Subject dieses Verbrechens vorausgesetzt wird, was auch aus sonstigen Gründen nicht zu bezweifeln ist. Denn wie konnte die P. G. O. in Einem Absatze den Kindsmord ein „unchristlich und unmenschlich Uebel" an einem „unschuldigen Kindlein" nennen, und gleichwohl denselben entschuldigen? Vielmehr will sie durch jene Worte den scharf ausgesprochenen Abscheu noch verstärken. Sie will damit sagen, daß die Mutter ihre Schlechtigkeit (ihre verübte Leichtfertigkeit) durch ein unmenschliches und unchristliches Uebel vor den Augen der Welt verbergen, und dadurch das Publicum täuschen wolle, also in doppelter Beziehung strafbar erscheine.

Mit dieser Ansicht, wenn auch nicht gerade Auslegung, stimmen auch Roßhirt und Wächter überein. Ersterer bemerkt nämlich in seinem Lehrbuche des Criminalrechts §. 156. sehr wahr Folgendes:

„Das römische Recht hat dieses Verbrechen (als verübt durch die Mutter) nicht besonders hervorgehoben, sondern lediglich dem crimen parricidii eingeschlossen (L. 9. §. 3. D. h. t.). Der größere Theil der alten deutschen Volksgesetze wollte dieses Verbrechen zwar nicht ungestraft wissen, sprach aber ebenfalls nichts besonderes darüber aus. Der Einfluß der christlichen Religion[6]) und des römischen Rechts, wovon der letztere in

6) Anm. von Roßhirt: „Sie stellt den Satz auf, daß die unmittelbar nach der Geburt folgende geistliche Wiedergeburt dem Menschen erst seine Würde giebt, und daß es

der Glosse zum Sachsenspiegel (über das parricidium) auch hier besonders erkennbar ist, wirkten (aber später) dahin, daß die härteste der Todesstrafen gegen diese Verbrecherinnen zugefügt wurde (lebendig begraben und pfählen), was zwar auf keiner ausdrücklichen Satzung beruhte, aber durch den Gerichtsgebrauch offenbar an die Stelle der poena culei gesetzt werden sollte. Hieraus geht vor der Hand hervor, daß man in der Zeit vor der P. G. O. dieses Verbrechen nichts weniger als von einem mildernden Standpunkte ansah; Karl aber hielt die Strafe des Ertränkens für genügend, weil die Härte der oben erwähnten Todesstrafe zur Verzweiflung führe. Die alte Strafe, oder die Schärfung der neueren solle nur dann eintreten, wenn dieses Verbrechen häufig vorkomme. Vergleicht man die ordentliche Strafe dieses Verbrechens (Ertränken) mit der des Giftmords (Art. 130.) oder des parricidii (Art. 137 a. E.), so ist allerdings der Kindsmord geringer gestellt, die von den Neueren aber so allgemein vorgetragene Ursache findet sich nirgends im Gesetze." Hiernach scheint Roßhirt zuletzt selbst zweifelhaft geworden zu seyn, und äußert diesen Zweifel auch später (a. a. O. S. 348.) dahin: „Was die Strafe des Kindsmordes betrifft, so

---

daher ein grobes Vergehen gegen die Menschheit (und christliche Religion) ist, durch die Tödtung des Kindes die geistliche Wiedergeburt, sein eigentliches menschliches Wesen zu verhindern." Der gleiche Gedanke liegt dem Art. 133. der P. G. O. zu Grunde, welcher bei der Abtreibung der Leibesfrucht zwischen einem lebendigen, d. h. beseelten, und nicht lebendigen (noch nicht beseelten) Fötus unterscheidet, und für den ersten Fall Todesstrafe androht, weil das Kind durch die Entziehung der heiligen Taufe in das ewige Verderben gehe. Deshalb spricht auch die P. G. O. im Art. 131. vom Kindsmorde von einem zugleich unchristlichen und unmenschlichen Verbrechen. Wie konnte sie von diesem Standpunkte auch nur an eine mildere Beurtheilung des Kindsmordes, als Verbrechen, denken?

ist schon angeführt worden, daß Karl dieselbe um einen Grad herabgesetzt hat. Daß ihm die Intention, welche in unsern Lehrbüchern allgemein aufgestellt wird (vgl. z. B. nur Feuerbach §. 239.) geleitet habe, müßte jedenfalls, wie ebenfalls gelegentlich schon bemerkt ist, erst noch genauer dargethan werden; deshalb ist es (bis dahin) unrecht, besondere Folgerungen (hinsichtlich des Thatbestandes) aus dieser Intention zu ziehen."

Allein man muß sich aus den, zum Theil von Roßhirt selbst angeführten, und den oben entwickelten weiteren Gründen entschieden gegen die Ansicht erklären, als ob die P. G. O. (vor ihr schon die Bambergische H. G. O., Art. 136.) das Verbrechen des Kindsmordes, sey es aus diesem oder jenem Grunde, von einem milderen Standpunkte als den Verwandtenmord beurtheilen wollte, indem sie gerade umgekehrt ihren größten Abscheu vor diesem Verbrechen ausdrückt, dabei aber über die, auf Gewohnheit beruhende, besondere Art der Todesstrafe (lebendig begraben und pfählen) sehr wohl einen Schauder empfinden konnte und lediglich aus diesem Grunde zu der bei Weibern überhaupt üblichen Strafe des Ertränkens griff. Diesen Grund, und nur diesen, giebt die P. G. O. selbst an, und man wird ihr darin doch wohl trauen dürfen, selbst wenn sie übersehen haben sollte, daß nach ihrem eignen Art. 137. zu der Strafe des Ertränkens noch ein Accessit von Martern (durch zangen reissenn oder außschleyffung vor der entlichen tödtung umb großer forcht willen) hinzukommen sollte, was dann aber auch beim Ehegattenmörder nach Anm. 3. ein Uebersehen wäre.

Auch Wächter im Crim. Archiv 1835. S. 81. bemerkt, daß in den Worten des Art. 131. Abs. 2: „ihre geübte Leichtfertigkeit zu verbergen" keineswegs nothwendig

das Motiv der Rettung der Geschlechtsehre liege, wie wenn die P. G. O. aus diesem Grunde (und nur aus diesem) den Kindsmord milder beurtheilt habe als den Verwandtenmord. „Denn, fragt Wächter, kann nicht das Mädchen ihre Schwangerschaft verheimlicht und ihr Kind gemordet haben aus Furcht vor Mißhandlungen der Eltern, oder aus Besorgniß wegen ihres weiteren Fortkommens, oder in dem Gedanken an den Kummer, den sie durch die Entdeckung ihres Fehltritts ihren Angehörigen machen würde? Dieß sind noch weit häufigere Motive des Kindsmordes, als das des bloßen Ehrgefühls, und wir können nicht annehmen, daß die P. G. O. diese Motive nicht habe beachten wollen, da schon ihre Worte auch vollkommen auf sie passen. Eben so paßt das „Verbergenwollen der geübten Leichtfertigkeit" auch durchaus auf eine Frauensperson, die früher schon einmal unehelich geboren hat, und deren früherer Fehltritt dem Publicum bekannt ist, während, wenn man blos vom Motiv der Rettung der Geschlechtsehre ausgehen wollte, auf eine solche die Bestimmung der. P. G. O. nicht angewendet und von ihr ein privilegirter Kindsmord nicht begangen werden könnte."

Dieß Alles ist unzweifelhaft richtig; allein darin irrt Wächter, daß er in jenen Worten des Art. 131. gleichwohl den Grund finden will, aus welchem (schon) die P. G. O. das Verbrechen des Kindsmordes milder als den Verwandtenmord beurtheilt habe, indem dieß der P. G. O. eine Ansicht unterlegen heißt, welche erst der neueren Doctrin und Praxis angehört. Aber freilich Doctrin und Praxis traten hier so zuversichtlich auf, daß Wächter und vor ihm schon Roßhirt meinten, es müsse (oder könne doch wenigstens) sich diese Ansicht wohl aus der P. G. O. selbst begründen lassen. Wächter a. a. O. S. 87. bemerkt nämlich weiter: „Diese

eigenthümlich bedrängte Lage aber, wie sie Martin sehr richtig nennt, liegt bloß in dem Gedanken an die Folgen des etwanigen Bekanntwerdens des begangenen Fehltritts, seyen nun diese Folgen die befürchtete öffentliche Schande, oder der Gedanke an den Kummer der Eltern, oder an die von denselben zu erwartenden Vorwürfe und Mißhandlungen, oder an den Verlust des Dienstes, Verlust der Aussicht auf künftige Versorgung rc.; und daß die P. G. O. bloß durch diese Rücksicht zu der Art, wie sie den Kindsmord auffaßt und bestraft, bestimmt wurde, dieß dürfte schon in ihren Worten liegen. Sie beschränkt den Begriff des Kindsmordes auf die Tödtung neugeborner unehelicher Kinder, und spricht dabei von einer Mutter, die „ihre geübte Leichtfertigkeit verbergen will." Nun bestraften zwar viele Partikularrechte ihrer Zeit diese Handlung nicht mit einer gelinderen, sondern mit einer qualificirten Todesstrafe, dem Lebendigbegraben und Pfählen. Allein gerade davon will die P. G. O. abweichen. Sie schreibt für die Regel nicht diese Strafe und nicht die qualificirte Strafe des Parricidium, sondern bloß die einfache Mordsstrafe vor, um, wie sie sagt, „Verzweiflung zu verhüten"; und diese Worte, in Verbindung mit dem „heimlichen" Tödten, mit dem „heimlichen" Gebähren, und dem „heimlichen" Tragen des Kindes, von dem sie spricht, dürften doch wohl auf nichts anderes hindeuten, als auf die oben beschriebene eigenthümlich bedrängte Lage der Mutter."

Allein wie konnte die P. G. O., welche etliche Zeilen weiter den Kindsmord als ein vom Standpunkt des göttlichen und menschlichen Rechts besonders empörendes (unchristliches und unmenschliches) Verbrechen, verübt an einem „unschuldigen" Kinde, bezeichnet, in den unmittelbar voraufgehenden Worten: „ihre geübte Leichtfertigkeit zu verbergen" irgend etwas zu Gunsten

oder zur milderen Beurtheilung des Kindsmordes aussprechen, ohne sich geradezu zu widersprechen? Vielmehr sollen sie, wie schon bemerkt wurde, ausdrücken: die Mutter wolle eine Schlechtigkeit, die sie verübt habe, durch ein schweres Verbrechen, Ermordung eines „unschuldigen" Kindleins, verbergen, und darin liegt so wenig etwas Empfehlendes, daß es vielmehr den Tadel auf die Mutter nur noch häuft [7]). Unter diesen Umständen können weder die Worte: „heimlich" Tödten, „heimlich" Gebähren, „heimlich" Tragen, welche zudem sehr verschieden ausgelegt werden, irgend etwas beweisen; noch sprechen die Worte: „um Verzweiflung zu verhüten" etwas anders aus, als daß, so empörend auch der Kindsmord sey, sich doch eine so empörende Strafe, wie die des Lebendigbegrabens und Pfählens unter gewöhnlichen Umständen nicht rechtfertigen lasse, sondern nur dann, wenn dieses Verbrechen häufig an einem Orte begangen werde.

Wenn unsere Gesetzgeber die qualificirte Todesstrafe für Verwandtenmord, Regentenmord ꝛc. aufheben, weil sie alle Gräuel bei der Todesstrafe verabscheuen, beurtheilen sie darum diese Verbrechen milder als bisher? Sicher nicht. So auch hier die P. G. O., welche ungeachtet der sonst von ihr anerkannten martervollen Hin-

---

7) So versteht es auch Gobler, indem er sagt: suam *nefarie abusam* levitatem celari tegique, indem dieß nicht heißt: ihre vom Schwängerer gemißbrauchte Schwäche (denn abuti ist ein Deponens), sondern ihre schmählich gezeigte Leichtfertigkeit. Auch die älteren Rechtsquellen setzen gerade darin das Erschwerende dieses Verbrechens, daß die Mutter ihre Schande dadurch verbergen will, also Verbrechen auf Verbrechen häuft. So die Tyroler Landesordn. v. 26. April 1532. IV, 41: „Wölche Fraw jr aigen Kinndt verthut, umbeswillen, daß sy jr schand verbergen möge, die soll lebendig in das erdtrich begraben, und ain pfahl durch sy geschlagen werden." Und die P. G. O. soll darin umgekehrt etwas Entschuldbares finden?

richtungsarten, doch das Lebendigbegraben und Pfählen für das Martervollste unter allen Martern hält, und lediglich deshalb abschafft, oder vielmehr nur beschränkt, weil sie wohl wußte, wie schwer es halte, ein altes, wenn auch empörendes Gewohnheitsrecht gänzlich auszurotten; und daß sie darin nicht irrte, hat die Praxis nach ihr gezeigt. Verbindet man den Abs. 1. des Art. 131, worin sie dieß festsetzt, „um — wie sie sagt — Verzweiflung zu verhüten", mit dem Abs. 2, in welchem sie ihren größten Abscheu vor diesem Verbrechen ausdrückt, so spricht sie damit klar aus: „nur die Unmenschlichkeit der Strafe ist der Grund, weshalb dieses unmenschliche Verbrechen unter gewöhnlichen Umständen anders als nach der bisherigen Gewohnheit bestraft werden soll."

§. 2.

Indeß, die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis dieses Jahrhunderts bahnte sich hier einen andern Weg. Besonders seit Grolman's erster Ausgabe seiner Strafrechtswissenschaft (1797) wurde der Gedanke vorherrschend, daß als Grund, oder doch als Hauptgrund, weshalb der Kindsmord milder als der Verwandtenmord beurtheilt zu werden verdiene, nur der gedacht werden könne, daß die Mutter hier einen schweren Kampf zwischen der Mutterliebe und der Erhaltung der Geschlechtsehre zu kämpfen habe, und diese Ansicht, so lange sie die herrschende war, würde von wesentlichem Einfluß auf die Bestimmung des Begriffs, des Umfangs und des Thatbestandes dieses Verbrechens. Als man daher später andere, und zwar (wie man meinte) bessere Gründe auffand, so mußte dieß wiederum zu einer andern Bestimmung des Begriffs und Thatbestandes führen, und da diese Ansichten sich durchkreuzten, so mußte daraus wohl eine große Verwirrung in der Doctrin

und Praxis entstehen. Diese wird am sichersten vermieden, wenn man die Consequenzen, welche aus der einen und der anderen, endlich noch aus einer dritten Ansicht, die sich neuerdings geltend gemacht hat, herfließen, unvermischt darstellt.

Wir gehen zunächst von der ersten, der Feuerbach-Grolman'schen Ansicht aus. Nach dieser kann:

1) als ausschließliches Subject dieses Verbrechens nur eine außerehelich geschwängerte und gebährende Mutter gedacht werden, weil nur der mit der Existenz des Kindes verknüpfte Verlust der Geschlechtsehre der Grund seyn könne, aus welchem der Kindsmord nicht nach den strengen Grundsätzen des Verwandtenmordes beurtheilt werde, was auch durch die Worte des Art. 131. „ihre geübte Leichtfertigkeit verbergen", in Verbindung mit Art. 35 u. 36. bestätigt werde. Hiernach würde, da es auch in der Ehe außereheliche Kinder geben kann, nämlich theils adulterini, theils vor der Ehe von einem Dritten concipirte und in derselben erzeugte, die Tödtung solcher Kinder durch die Mutter, wenn sie aus dem gleichen Motive (Rettung der Geschlechtsehre) hervorging, nur als Kindsmord, mithin milder zu beurtheilen seyn. Auf Tödtung eines ehelichen Kindes durch die Mutter, oder eines solchen, oder eines unehelichen durch den Vater ꝛc. würde dagegen, weil hier die ratio legis niemals zutreffen kann, stets der Begriff des Verwandtenmordes in Anwendung kommen. Aus dem ausschließlichen Subjecte des Kindsmordes ergiebt sich nun aber

2) das ausschließliche Object desselben von selbst, nämlich eine außereheliche Geburt in dem angegebenen Sinne, und dieses müsse nicht nur lebendig zur Welt gekommen, sondern auch lebensfähig seyn. Unter der Lebensfähigkeit (Vitalität) verstand man theils phy-

sische Reife des Kindes, in dem Sinne, daß dasselbe sein Leben außer dem Mutterleibe fortsetzen konnte[8]); theils, daß dasselbe an keinem solchen inneren oder äußeren Fehler litt, in Folge dessen es ohnehin hätte sterben müssen. Dieses Merkmal der Vitalität folgt freilich weder aus dem Motive des Kindsmordes, noch aus dem allgemeinen Thatbestande der Tödtung, bei welcher es auf die kürzeste Lebensdauer des Getödteten nicht ankommt; allein es fand sehr bald Eingang in der Praxis, weil es zur Umgehung der (mit Rücksicht auf jenes Motiv für unverdient erachteten) Todesstrafe diente, und wurde selbst in den Worten des Art. 131: „Kind, das Leben und Gliedmaßen empfangen hat", und: „lebendig gliedmäßig Kindlein" gefunden, obwohl der Gesichtspunkt, aus welchem die P. G. O. nach dem Obigen (§. 1.) den Kindsmord auffaßt, nämlich als ein „unchristliches" und als „unmenschliches" Uebel (Verbrechen) zugleich es unmöglich macht, daß sie in dieser Beziehung eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen der Tödtung zu Gunsten des Kindsmordes, den sie überhaupt ja gar nicht begünstigen wollte, aussprechen konnte und wollte. Jene Worte (gliedmaaß, gliedmäßig) drücken nur aus, daß bei der Frage, ob das Kind lebendig oder todt geboren sey, der Grad seiner Ausbildung beachtet werden solle. Vgl. Geib in diesem Archiv 1845. S. 180—190. und Hohbach daselbst 1844. S. 259—260.

Indeß Doctrin und Praxis waren einmal geneigt, den Kindsmord (freilich gegen die Intention der P. G. O.) zu einem privilegirten — oder, wie es Feuerbach nennt, gesetzlich ausgezeichneten — Verbrechen zu machen, suchten daher die Anwendung der einfachen Todes-

8) Also nicht gerade nothwendig eine 9monatliche, sondern nach der Praxis schon eine 7monatliche Geburt.

strafe (Schwerdtstrafe), welche nach und nach an die Stelle des Ertränkens getreten war [9]), möglichst zu erschweren, was denn auch in der Weise gelang, daß ein praktischer Schriftsteller (v. Schirach, Criminalfälle Nr. 4.) sagen konnte, daß, so häufig auch dieses Verbrechen sey, es nur selten in allen seinen Erfordernissen zur juridischen Evidenz gebracht werde, was man auch sonst öfter ausgesprochen hört. Damit war erreicht, was erreicht werden sollte, nämlich Erschwerung der Todesstrafe, indem in Ermangelung der juridischen Gewißheit des einen oder andern Merkmals, wenn Alles sonst gewiß war, nur auf die Strafe des beendigten Versuchs (delictum perfectum, besser conatus perfectus), also nur auf Freiheitsstrafe erkannt wurde.

Von jenem Standpunkte wurde ferner

3) verlangt, daß die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung der Mutter, in deren Folge der Tod des Kindes eintrat, kurz nach der Geburt geschah, oder mit andern Worten, daß das Kind ein neugebornes sey. Denn sey es längere Zeit am Leben geblieben, so würde es von der Mutter nicht leicht in der Weise verborgen gehalten werden können, daß nicht dessen Daseyn zur Kenntniß Dritter gelange; wenn dies aber der Fall sey, so könne sie sich nicht mehr darauf berufen, daß Rettung der Geschlechtsehre das Motiv ihrer Handlung gewesen sey. Dabei glaubte Feuerbach (Lehrb. §. 393. Anm.) in der P. G. O. eine Lücke zu entdecken, sofern die Tödtung einer zur rechten Zeit gebährenden Mutter, welche ihr Kind während der Geburt tödte, weder als Abtreibung der

9) Man nannte das Ertränken in der Praxis zuletzt das Ersäufen oder die Todesstrafe der Ersäufung, wie bei Hunden und Katzen! Vgl. Böhmer a. a. O. S. 374. Anm., wo ein Aufsatz von Busse v. J. 1797 „über die Todesstrafe des Ersäufens" angeführt wird.

Leibesfrucht, noch als Kindsmord bestraft werden könne, obgleich es, wie Martin (Lehrb. §. 122.) richtig nachgewiesen hat, im Art. 131. Abs. 2. der P. G. O. ausdrücklich heißt: „vor, in und nach der Geburt", wobei sich bei dem Worte: „nach" das bald (also bald nach der Geburt) nach dem obigen Standpunkte von selbst verstehen soll. Merkwürdig genug folgt hier noch das württemb. Str. G. B. der Feuerbach'schen Ansicht, indem es im Art. 249. den Kindsmord nur an einem vollständig gebornen, also bereits von der Mutter getrennten Kinde annimmt, aber im Art. 250. hinzufügt: „Die Tödtung eines unehelichen Kindes während der Geburt wird dem Kindsmorde gleich gestraft." Also zwar Gleichheit der Strafe, aber Verschiedenheit des Begriffs, wie wenn eine solche Tödtung ein besonderer Mittelfall zwischen Kindsmord und Abtreibung der Leibesfrucht wäre.

Aber was heißt es: „gleich nach der Geburt." Hier argumentirte man nach dem obigen Standpunkte folgendermaßen: als neugeboren könne nur dasjenige Kind gelten, welches entweder nur der Mutter (Stelzer, Lehrbuch §. 499.), oder dieser und ihrem etwanigen Vertrauten bekannt worden sey; weiter aber auch nicht. Denn sey das Daseyn desselben schon zur Kenntniß dritter Personen gelangt, so könne die Mutter sich nicht mehr auf Verbergung ihrer Leichtfertigkeit (Rettung der Geschlechtsehre) als Motiv ihrer Handlung berufen. So Klein (peinl. Recht §. 345.), Feuerbach (§. 237, besonders §. 240.), Werner (Handbuch §. 544.), Heffter (Lehrbuch §. 258.), Hitzig Annalen, Th. XV. S. 275 u. s. w. Hiernach wurde die Stelzer'sche Ansicht, als zu eng, verlassen, weil nicht einzusehen sey, weshalb nicht auch, außer der Mutter einige Vertraute derselben um das Daseyn des Kindes wissen sollten. Gegen diese Ansicht wurde aber wieder eingewendet, daß dann auch ein 3- oder 4jäh-

riges uneheliches Kind, wenn es nur so lange vorsichtig von der Mutter verborgen gehalten worden (z. B. in fremde auswärtige Hände gegeben) sey, noch als ein neugebornes Kind angesehen werden müßte; und daß umgekehrt ein uneheliches Kind, mit dessen Geburt die Mutter im Beiseyn ungebetener Dritter überrascht wurde, nicht mit dem Namen eines neugebornen Kindes bezeichnet werden, ja daß es in der Ehe gar keine neugeborne Kinder geben könnte. Dieser letztere Einwand trifft auch Grolman's Ansicht, nach welcher (Strafrechtswiss. §. 276.), das Kind nur so lange ein neugebornes seyn soll, als der schreckliche Kampf zwischen den natürlichen Gefühlen der Mutter und der Furcht vor der bevorstehenden Schande noch nicht gekämpft sey. Denn dann gäbe es nur außerhalb der Ehe neugeborne Kinder, weil in der Ehe die Mutter keinen solchen Kampf zu kämpfen hat. Tittmann endlich (a. a. O.), indem er von der gewiß richtigen Ansicht ausgeht, daß die Unbekanntschaft des Daseyns des Kindes mit dem Begriffe eines Neugebornen in gar keinem Zusammenhange stehe, setzt das Kriterium eines neugebornen Kindes im medicinischen Sinne darin, daß die Körpertheile, welche zur Zubereitung der Säfte oder des Nahrungsstoffes dienen, ihre Functionen zu verrichten, noch keine Kraft besäßen.

Diese medicinische Auffassung fand indeß in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis wenig Anklang, indem man meinte, man müsse sich mehr an den Sinn, als an den Wortlaut des Gesetzes halten, und zuletzt stritt man sich so lange, bis im Wege der Gesetzgebung der Begriffs eines neugebornen Kindes entweder nach Stunden (z. B. Preuß. Landrecht II, 20. §. 887, 913, 949. bis zu 24 Stunden) oder Tagen (z. B. Baier'sches Str. G. B.: 3 Tage) bestimmt wurde, was wiederum Anstoß erregte, weil dann von einem an sich zufälligen Momente, z. B.

wenn nur 1/4 Stunde über die Legalfrist verstrichen sey, die Entscheidung der wichtigen Frage: ob nur Kindsmord, oder Verwandtenmord anzunehmen sey? abhänge, zumal wenn das Gesetz jenen nicht mehr mit dem Tode bedrohte. Man wollte daher hier lieber auf den Takt des Richters verweisen. Vgl. Mittermaier in diesem Archiv Th. 7. S. 305, Jahrg. 1836. S. 620, und Note 4. zu Feuerbach's Lehrbuch §. 237.

Fragen wir ehrlich: ob die P. G. O. wohl irgend daran gedacht habe, daß ihre Worte: „nach der Geburt", diese als gleichbedeutend mit „bald nach der Geburt" (mit einem neugebornen Kinde) genommen, dahin verstanden (oder vielmehr mißverstanden) werden könnten, daß es in der Ehe keine neugebornen Kinder gebe, und auch außerhalb der Ehe dann nicht, wenn die Mutter im Beiseyn Dritter zufällig von der Geburt überrascht wurde, kurz, daß dieser Begriff von der zufälligen Bekanntschaft des Daseyns des Kindes abhänge, demnach z. B. auch an einem 3- bis 4jährigen, oder noch älteren, seither glücklich verborgen gehaltenen unehelichen Kinde, das milder zu beurtheilende Verbrechen des Kindsmordes verübt werden könne, während umgekehrt Verwandtenmord, und nicht Kindsmord anzunehmen sey, wenn die Mutter bald nach der Geburt ihr zufällig dritten Personen bekannt gewordenes Kind tödtete: — so wird man auf diese Frage mit Zuversicht antworten können, daß solches entfernt nicht im Sinne der P. G. O. lag, da sie einestheils, wie bemerkt wurde, das Verbrechen des Kindsmordes gar nicht begünstigen, sondern nur eine für dasselbe bestehende barbarische Todesstrafe aufheben oder in ihrer Anwendung beschränken wollte; anderntheils aber auch dieselbe im Art. 131. Abs. 1. keine Verheimlichung der Niederkunft

(denn auf dieses Moment läuft die obige Controverse eben hinaus), als Theil des Thatbestandes verlangt, wenn die von ihr festgesetzte Strafe des Ertränkens in Anwendung kommen soll. Und wie können endlich die Worte: „bald nach der Geburt" von einer Verheimlichung der Niederkunft (einem heimlichen Gebähren) verstanden werden, wenn die P. G. O. im Abs. 2. des Art. 131. außerdem noch von einem „heimlichen Gebähren", als wesentlich zum Thatbestande des Kindsmordes gehörig, reden soll? — was denn zu der weiteren, von dem Begriffe eines neugebornen Kindes ganz unabhängigen Frage führt: ob Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft, oder wenigstens die eine oder andere (denn sie können auch getrennt gedacht werden) zum Thatbestande des Verbrechens des Kindsmordes gehöre?

Auf diese Frage haben wir uns hier zwar noch nicht eingelassen, müssen aber zugeben, daß vom Standpunkte der in der früheren Doctrin und Praxis herrschenden Grolman-Feuerbach'schen Ansicht, welche den Hauptgrund der milderen Beurtheilung des Kindsmordes in die dadurch bezweckte Rettung der Geschlechtsehre setzt, die Frage: was ein neugebornes Kind sey, fast unvermeidlich mit der Frage über Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft zusammenfalle, wobei es aber mindestens logisch nicht richtig war, wenn Feuerbach diese Verheimlichung in die zwei Merkmale: 1) gleich nach der Geburt, und 2) Verheimlichung der Schwangerschaft, zerlegt. Da hier zwei, oder vielmehr drei völlig trennbare, und jedenfalls auch von der P. G. O. ihrem Wortlaute nach im Abs. 1 u. 2. des Art. 131. getrennte Merkmale [10]),

10) Wenn man anders, wie dieß allgemein geschieht, aus beiden Hälften des Art. 131. der ersten vom Begriff und der Strafe, der zweiten von Anzeigen des Kindsmordes, den Thatbestand dieses Verbrechens schöpfen darf — was freilich sehr zweifelhaft ist.

nämlich 1) ein neugebornes Kind, als Object des Verbrechens, und zwar 2) (was aber erst zu prüfen seyn wird) nach vorgängiger Verheimlichung der Schwangerschaft, und 3) (was gleichfalls erst zu prüfen wäre) auch der Niederkunft, zur Sprache kommen: so kann ebendeshalb die Frage, was unter einem neugebornen Kinde zu verstehen sey, nicht mit den beiden letzteren Fragen zusammengeworfen, gleichsam in Einem Sinne beantwortet werden, was zudem auch zu den größten Widersprüchen mit dem, was man allgemein unter einem neugebornen Kinde außerhalb wie in der Ehe versteht, führen würde. Solche Widersprüche können weder in der P. G. O., noch in einer sich selbst bildenden Doctrin und Praxis geduldet werden.

Hält man sich nun lediglich an die Worte: „(bald) nach der Geburt", so wird man eben sagen müssen, daß diese weder durch das Motiv der That (es mag seyn, welches es wolle) bestimmt werden können, noch es sich nach Stunden oder Tagen berechnen lasse, was der Richter unter einem neugebornen Kinde zu verstehen habe. Die gleiche Unbestimmtheit kommt indeß auch sonst öfter in den Quellen des gemeinen Rechts vor, z. B. hinsichtlich der Frage: wie viele Personen zu einem Complott, zu einer Bande, zum Aufruhr, zum Landfriedenbruch rc. gehören? und wenn sich bei diesen Verbrechen die Gerichte helfen müssen, so gut sie es eben können, so gilt dieß in gleichem Maaße auch von der obigen Frage. Erst den neueren Gesetzgebungen, welche vom Standpunkte des Abschreckungsprincips möglichste Fesselung des richterlichen Ermessens bezweckten, war es vorbehalten, statt dessen ein durchgreifendes Zahlensystem festzusetzen, was wenigstens die Beruhigung den Gerichten giebt, daß, wenn sie dadurch zu auffallenden Entscheidungen genöthigt werden, sie die Schuld lediglich auf das Gesetz schieben können, wäh-

rend sie von jenem Standpunkte (des gemeinen Rechts) etwanige Mißgriffe selbst zu verantworten haben. Solche Mißgriffe können indeß in höherer Instanz wieder gut gemacht werden, während noch so anstößige und widersinnige Urtheile, welche auf einem gesetzlichen Zahlen- oder Stundensysteme beruhen, des Gesetzes wegen auch in höherer Instanz unabänderlich sind und bleiben. Kurz die Frage ist die: soll man mehr dem, allerdings fehlbaren richterlichen Ermessen trauen, oder dem sich unfehlbar dünkenden Gesetze, welches in seiner Anwendung eben so große, wo nicht noch größere Verstöße besorgen läßt?

Uebrigens ergiebt sich aus dem Obigen (§. 1.), daß schon Tittmann die Frage: was unter einem neugebornen Kinde zu verstehen sey, ganz unabhängig von dem Motive des Kindsmordes beantwortet hat, und dieß gebot bei ihm auch die Consequenz. Denn ungeachtet auch er von dem Motive der Rettung der Geschlechtsehre (Vermeidung der Schande), als Grund der milderen Beurtheilung dieses Verbrechens ausgeht, so faßt er doch dieses Motiv in einem viel weiteren Sinne als Feuerbach, Grolman und Andere auf, nämlich als gleichbedeutend mit der Absicht, sich von der Verbindlichkeit der Ernährung des Kindes zu befreien (vgl. §. 1.), wonach z. B., wie er sagt, auch eine moretrix — die nach jener Ansicht ausgeschlossen wäre — auf die mildere Strafe des Kindsmordes Anspruch machen könne, und wonach es auch auf den Umstand, ob das Daseyn des Kindes Andern bekannt war oder nicht (neugebornes Kind im obigen Sinne), eben so wenig ankommen kann. In sofern befindet sich Tittmann nur scheinbar auf dem Boden der bisher entwickelten Ansicht; er legt in der That dem Kindsmorde ein ganz anderes Motiv unter, stellt daher auch andere Merkmale dieses Verbrechens, und

zwar einen viel weiteren Thatbestand desselben auf. Daher gehört er eigentlich nicht hieher, sondern er durchkreuzt jene Ansicht mit einer neuen Ansicht.

Dagegen muß

4) vom Standpunkte der Grolman-Feuerbachschen Ansicht vorgängige Verheimlichung der Schwangerschaft als wesentliches Merkmal des Kindsmordes gedacht werden, und damit noch nicht genug, sollen zugleich Verheimlichung der Niederkunft verlangt werden, wenn nicht dieses letztere Merkmal schon in das Object dieses Verbrechens, nämlich ein neugebornes Kind hineingelegt (hineininterpretirt) worden wäre, wie die obige Ausführung ergeben hat. Denn, sagt man, die P. G. O. konnte das Motiv dieses Verbrechens nicht so angeben, wie sie es thut, wenn sie nicht dabei das Verbergen der Schwangerschaft als wesentlich voraussetzte; denn war ihre Schwangerschaft bekannt, so kann die Mutter nicht mehr die Absicht haben, durch die Tödtung des Kindes die Schande einer unehelichen Geburt zu vermeiden — eine Argumentation, die consequenterweise auch zur Verheimlichung der Niederkunft führt. Denn, wenn die ihre Schwangerschaft seither verheimlichende Mutter vor der Niederkunft ihren verbrecherischen Entschluß aufgiebt, und deshalb in Gegenwart und unter dem Beistande Dritter niederkommt, bald darauf aber mutato animo ihr Kind dennoch tödtet; oder wenn sie unter Verharren auf ihrem verbrecherischen Vorhaben (dolus praemeditatus) zufällig im Beiseyn Dritter niederkommt, und das von diesen gesehene Kind gleichwohl später tödtet, so kann sie sich eben so wenig darauf berufen, daß sie die Tödtung aus Furcht vor dem Verluste der Geschlechtsehre verübt habe. Zur Unterstützung dieser Ansicht berief man sich auch auf die Worte des Art. 131. Abs. 1: „heimlicher weiß ertödtet", weil nicht angenommen wer-

den könne, daß die P. G. O. den sich von selbst verstehenden Satz habe ausdrücken wollen, daß die Tödtung des Kindes nicht öffentlich, sondern heimlich verübt werde, dies gelte ja von fast allen Verbrechen aller Art. Sollte daher jenes Beiwort nicht als überflüssig gelten, so müsse man es auf die Verheimlichung der Schwangerschaft (warum nicht auch der Niederkunft?) beziehen. So Feuerbach, Revision des peinl. Rechts Th. 1. S. 262. Anm. Allein diese Auslegung muß man für eine gewaltsame erklären, weil es nun einmal heißt: „heimlicherweise ertödtet", womit die P. G. O. auch nur — und ganz richtig — ausdrücken wollte, daß während andere Tödtungen, namentlich Todschläge, auch offen geschehen, diese Art der vorsätzlichen Tödtungen (auch als Kindstodschlag) immer heimlich geschehe, gerade so, wie sie es von der Vergiftung im Art. 130. ausdrückt. Außerdem beruft man sich auf den Abs. 2. des Art. 131: „So aber eyn weibsbild ꝛc.", wo es heißt: „heimlich geboren und verborgen"; „heimlich trägt, auch mit willen allein und ohne Hilff andrer weiber gebürt"; „on hilffliche geburt" — obgleich der ganze Abs. 2. nur von Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft als Anzeige (indicium) des Kindsmordes spricht, und wie darauf hin gegen die läugnende Mutter verfahren werden soll, wenn das Kind bei solcher Anzeige todt gefunden worden ist.

Aller dieser Zweifel ungeachtet mußten gleichwohl nach jener Auffassungsweise des Kindsmordes, Verheimlichung der Schwangerschaft, und (was nur nicht ausgedrückt wurde, aber in der eigenthümlichen Auslegung des Merkmals: neugebornes Kind lag) der Niederkunft, als wesentliche Merkmale des Kindsmordes erfordert werden, wovon denn die Folge war, daß die Tödtung eines unehelichen Kindes durch die Mutter bald

nach der Geburt ohne vorgängige Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft, ohne Erbarmen als Verwandtenmord, mithin strenger beurtheilt werden mußte.

Diese Consequenz suchte aber Feuerbach durch seine (auch in das Baier'sche Str. G. B. übergegangene) Theorie vom Mangel am Thatbestande als allgemeinen, in der Natur des Strafgesetzes gelegenen Milderungsgrund (dessen Lehrbuch §. 97 fg., §. 240.) zu brechen, — wonach es die Kindsmörderinnen gut haben, wenn sie ihre Schwangerschaft (und Niederkunft) verheimlichen, aber noch besser, wenn sie es nicht thun. Er sagt nämlich (§. 240.): „Vermöge des Hauptgrundes, welcher die mindere Strafbarkeit des Kindsmordes bestimmt, kommt nicht die Strafe dieses Verbrechens, sondern des Mordes überhaupt, oder des Verwandtenmordes in Anwendung, wenn eine Mutter ihr eheliches Kind, oder eine andere Person als die Mutter das neugeborne Kind, aber nachdem es erwachsen, oder ihre Niederkunft schon zur Kenntniß anderer Personen als ihrer Vertrauten gekommen ist, getödtet ist. Dagegen ist selbst die Strafe des Kindsmordes zu mildern, wenn die Mutter die Schwangerschaft nicht verheimlicht hat, oder es doch gewiß ist, daß sie die Absicht ihr Kind zu ermorden, nicht schon während der Schwangerschaft gefaßt habe" [11]).

Hier muß man sich nur wundern, daß Feuerbach seine Theorie vom Mangel am Thatbestande nur zur Hälfte, oder weniger als dieses angewendet hat. Er hätte allgemeiner sagen sollen: fehlt es an dem

11) Hiernach verlangt Feuerbach zum subjectiven Thatbestande des Kindsmordes **dolus praemeditatus**, was er aber im §. 237. nicht ausgesprochen hat — wahrscheinlich verleitet durch den Ausdruck: Kindsmord. Andere, sagt er, nehmen in dem obigen Falle Kindstodschlag an.

einen oder andern wesentlichen Merkmale des Kindsmordes, ist aber Alles sonst vorhanden, z. B. die Mutter war eine *eheliche*, oder das uneheliche Kind bereits *erwachsen*, oder schon dem *Publicum bekannt*, oder die Schwangerschaft, oder doch die Niederkunft der Mutter war nicht verborgen geblieben rc.: so ist nach §. 97 fg. selbst die Strafe des Kindsmordes zu mildern, und je mehr Merkmale fehlen, um so mehr müßte der Richter mildern. Dies gebietet die Consequenz; allein was soll man zu solchen Sätzen sagen?

§. 3.

Fassen wir jetzt die *Resultate* vom Standpunkte dieser Ansicht, welche der Hauptgrund der milderen Beurtheilung des Kindsmordes in die durch die Tödtung bezweckte Erhaltung der Geschlechtsehre (Vermeidung der Schande einer unehelichen Geburt) setzt, in Kürze zusammen, so gehen diese dahin.

Zum Thatbestande dieses Verbrechens gehört 1) als Subject eine außerehelich geschwängerte Mutter; 2) als Object ein uneheliches neugebornes, (lebendiges und) lebensfähiges Kind, und zwar a) neugeboren in dem Sinne, daß außer der Mutter und deren Vertrauten Niemand um das Daseyn des Kindes wissen durfte, was Verheimlichung der Niederkunft voraussetzt; und b) lebensfähig in der oben (§. 2.) angegebenen doppelten Richtung; endlich 3) vorgängige Verheimlichung der Schwangerschaft — so jedoch, daß nach *Feuerbach* der Mangel dieses Merkmals (und consequenter Weise auch Anderer Merkmale) der Mutter sogar nützlicher ist, was freilich Andere mit Recht in Abrede stellen.

Prüfen wir diese Ansicht, die (abgesehen von jener Inconsequenz *Feuerbach's*) sich den Begriff und Thatbestand des Kindsmordes in solcher Weise consequent

geschaffen hat [12]): so braucht hier vorerst nicht wiederholt zu werden, daß sie auf einer der P. G. O. ganz fremden Idee beruht. Aber auch abgesehen hievon, fragt es sich, ob denn die Doctrin und Praxis [13]) rechtlichen Grund hatte, der Rettung der Geschlechtsehre, als einem an sich edlen Motive, ein so großes Gewicht beizulegen, und ob dieses Motiv, wie Feuerbach ausdrücklich behauptet (und Andere stillschweigend mit ihm annehmen) in der Erfahrung als das gewöhnliche, das regelmäßige Motiv dieses Verbrechens sich zeige?

Erwägt man, daß die, angeblich schon in der P. G. O. ausgesprochene mildere Beurtheilung des Kindsmordes in der Doctrin und Praxis so lang wurzelte, daß, wenn auch die Gerichte nach dem Buchstaben der P. G. O. noch auf einfache Todesstrafe erkannten, gleichwohl diese Strafe immer seltener zur Vollziehung kam, indem sehr häufig Begnadigung dazwischen trat, besonders seitdem in einigen deutschen Gesetzgebungen die Todesstrafe für dieses Verbrechen aufgehoben worden war, und jetzt immer mehr abgeschafft wird, so muß man die erste jener beiden Fragen genauer dahin fassen: kann der Furcht vor dem Verluste der Geschlechtsehre, als einer an sich edlen, und wie

12) Nur darin liegt eine Inconsequenz, daß es auf den Ruf der Mutter nicht ankommen soll, also z. B. auch eine meretrix sich auf Rettung der Geschlechtsehre als Motiv ihres Verbrechens berufen darf. Auch das Merkmal der Lebensfähigkeit des Kindes fließt aus jenem Motive nicht her.

13) Man erlaube mir die Beibehaltung dieses Ausdruckes. Moderner (aber anmaßlich) ist der Ausdruck Juristenrecht, den die Doctrin vorzugsweise für sich in Anspruch nimmt! Es könnte auch noch von einem Philosophenrechte die Rede seyn, indem man der Philosophie bekanntlich manch' Nagelneues auf dem Gebiete des positiven Strafrechts zu verdanken hat — so lange es sich dort zu halten vermag.

Feuerbach sagt, gerade in besseren Gemüthern vorzüglich gewaltigen Triebfeder, nach Rechtsgrundsätzen eine solche Wirkung beigelegt werden, daß dadurch die sonst verwirkte Todesstrafe auf eine Freiheitsstrafe herabgesetzt wird? Diese Frage muß aber noch allgemeiner, nämlich dahin gefaßt werden: ist das an sich gute und lobenswerthe Motiv als allgemeiner, mithin auf alle Verbrechen anwendbarer Milderungsgrund der Strafe anzuerkennen? Verneint man diese Frage, wie sie ganz allgemein verneint wird, so wird damit auch jene Frage verneint. Bis jetzt wenigstens hat keine Gesetzgebung es gewagt, dem an sich guten Motive, welches zu Mord, Hochverrath, Aufruhr und andere schweren Verbrechen führte, eine solche Wirkung beizulegen, und würde es auch nach rechtlichen und moralischen Grundsätzen nicht können: wenn nicht der Satz: „der Zweck heiligt die Mittel" die gefährlichste Geltung erhalten soll. Außerdem ist beim Kindsmorde mit in die Wagschaale zu legen, daß dasselbe (wie es in der K. Preuß. Verordn. v. 17. März 1797 heißt) ein Verbrechen ist, „welches alle natürlichen und menschlichen Empfindungen empört, weil es an einem unschuldigen wehrlosen Geschöpfe von der eignen Mutter ausgeübt wird" und als Mittel, eine Verschuldung durch ein noch schwereres Verbrechen zu verdecken, auf Täuschung des Publicums über die Ehre der Verbrecherin berechnet ist. In diesem Sinne hat sich auch Wächter im Crim. Archiv 1835. S. 80. ausgesprochen, und selbst Feuerbach ist vom Standpunkte des gemeinen Rechts und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegen einen solchen allgemeinen Milderungsgrund (Lehrbuch §. 216. Anm., §. 100. Ziff. 1.).

Auch die zweite Frage ist zu verneinen. Der sonst so mächtig wirkende Entschuldigungsgrund des Verlustes der Geschlechtsehre hat gegenwärtig fast ganz seine

Stärke verloren, indem die öffentliche Meinung über die Entehrung durch eine außereheliche Schwängerung in denjenigen Kreisen, wo diese Verhehlung am häufigsten vorkommt, längst nicht mehr so streng ist, als in früheren Zeiten, wo die allgemeine Verachtung die emfindlichste Strafe für dieses Vergehen („Leichtfertigkeit") war, und Kirchenbußen, zum Theil sehr empfindlicher Art, in deren Folge eintraten. Ja die öffentliche Meinung wird, ungeachtet der jetzt eintretenden polizeilichen Scortationsstrafen, in der Beurtheilung dieses Fehltritts immer laxer, und beurtheilt daher auch die damit zusammenhängenden Verbrechen des Kindsmordes, der Kindsabtreibung, und der Kindsaussetzung immer laxer. Hiernach liegen erfahrungsmäßig der Verübung jenes Verbrechens, wenigstens in der Regel, ganz andere Motive zu Grunde, z. B. Furcht vor Bestrafung durch die Eltern oder sonst Angehörigen, Furcht vor dem Verluste des Dienstes bei der Brodherrschaft, des Bräutigams ꝛc.; Mangel an Mitteln zur bequemen Aufziehung des Kindes, wohl auch Bequemlichkeit bei paraten Mitteln dazu, oder Scham und Scheu vor zu großer Zahl von unehelichen Kindern, daher man selbst übelberüchtigte Weibspersonen, welche schon öfter geboren, und lebende Kinder haben, sich auf Rettung der Geschlechtsehre (d. h. Schande wegen zu vieler unehelicher Kinder) als das Motiv ihrer Handlung berufen hört; denn auch in dieser Beziehung besteht bei aller Laxheit der Moral, ein gewisses point d'honneur.

Von diesem Standpunkte wird aber die mildere Strafe des Kindsmordes nur selten in Anwendung kommen können, und gleichwohl beging man die Inconsequenz, statt eine sonst unverläumdete Mutter als Subject dieses Verbrechens zu verlangen, jede außerehelich Gebährende, also auch übelberüchtigte Subjecte, zu dieser Rechtswohlthat zuzulassen. Man beruhigte sich

eben bei der Behauptung der Angeschuldigten oder ihres Defensors, daß sie eben nur, oder doch hauptsächlich durch die Tödtung des Kindes ihre Geschlechtsehre habe retten wollen, ohne der Sache näher auf den Grund zu gehen — kurz man ging von der Fiction jenes Motivs aus, und kann dieß der damaligen Doctrin und Praxis nicht höher in Anrechnung bringen, als diejenige Fiction, auf welcher vom Standpunkte der neuesten Gesetzgebungen (bei der dritten, weiter unten zu besprechenden Ansicht) die mildere Beurtheilung des Kindsmordes nicht bloß vor dem Verwandtenmorde, sondern selbst vor dem gemeinen Morde und dem gemeinen Todschlag beruht. Dazu kam noch, daß die frühere Doctrin und Praxis jenes Motiv nur als den Hauptgrund der milderen Beurtheilung dieses Verbrechens bezeichnete, mithin da, wo derselbe nicht zutraf, noch andere mildernde Gründe zuließ, und sich unvermerkt mit ihr eine zweite Ansicht durchkreuzte, welche auf jenen Hauptgrund gar kein Gewicht legte, dafür aber andere Gründe aufstellte, welche nicht nur in den Worten: „ihre geübte Leichtfertigkeit zu verbergen" liegen, sondern sich auch in der Erfahrung nachweisen lassen sollen, wovon eine abweichende Bestimmung des Begriffs und Thatbestandes dieses Verbrechens die unvermeidliche Folge war [14]).

---

14) Solche dogmengeschichtliche Entwickelungen sind gewiß mehr geeignet s. g. denkende Juristen zu bilden, als die neuerdings empfohlene Methode, von einem dialectischen Gedankenprocesse auszugehen, und deren Resultate mit dem positiven Rechte so zu veramalgamiren, daß beide als ein Leib und eine Seele zu betrachten seyen. Dabei ist der Uebermuth, mit welchem dieselbe jede andere Richtung in der Wissenschaft für unwissenschaftlich, und alle bisherigen Leistungen für bloße Handlangerarbeit erklärt, der Maaßstab, nach welchem sie sich selbst richtet! Vgl. des Verf.'s deutsche Strafrechtssysteme 2te Aufl., Einleitung S. LVI. Sind aber auch

§. 4.

Zu den Vertheidigern dieser zweiten Ansicht gehört nach dem Obigen schon Tittmann, indem er das Motiv der Rettung der Geschlechtsehre auf eine Weise erweitert, daß von demselben so gut nichts übrig bleibt, sondern andere Gründe an dessen Stelle gesetzt werden; und diese Gründe will man ebenfalls in der P. G. O., die sich hier in der That von den Auslegern viel gefallen lassen muß, entdeckt haben. Die Vertheidiger dieser Ansicht legen nämlich auf jenes Motiv, als weder an sich zur milderen Beurtheilung des Kindsmordes ausreichend, noch in der P. G. O., noch endlich in der Erfahrung (einzelne seltene Fälle abgerechnet) nachweisbar, entweder gar kein, oder nur ein mehr oder weniger untergeordnetes Gewicht.

So setzt Martin, Lehrbuch §. 123, den Grund der (nach der P. G. O. angeblich) milderen Beurtheilung des Kinds- vor dem Verwandtenmorde in die „eigenthümlich bedrängte Lage der außerehelich Gebährenden, weshalb ihr die Verwandtschaftsverhältnisse zu dem Ermordeten nicht angerechnet würden", und fügt in der Anm. 3. hinzu: „Nicht Nahrungssorgen allein, noch auch vorzüglich diese, und noch weniger Vergnügungssucht, oder gar Haß gegen den Mann (Crim. Archiv Bd. 3. S. 25.) könnten die mildere Bestrafung der Kindsmörderin rechtfertigen; wohl aber mögen deren Ehrgefühl

---

solche der Wissenschaft unwürdige Aeußerungen Gottlob! nur selten, so geräth man doch selbst bei den humansten Anhängern jener Richtung in Gefahr, zwar nicht für vernunftlos und für einen bloßen Verstandesmenschen erklärt zu werden, aber doch das Urtheil sich gefallen lassen zu müssen, man gebrauche seine Vernunft nicht, während sie einem zu Dienste stehe, — was aber nichts anderes heißt, als daß man nach Wahrheit und Wissenschaft auf andere Wege strebe.

und ihre verzeihliche Furcht vor Schande und Strafe nebst dem, nicht selten zerrütteten Gemüthszustande der so eben Entbundenen (Meister, prakt. Bemerkungen, Bd. I. S. 67 fg., II. S. 135, Anmerk. zum Baier. Str. G. B. II. S. 42 a. E., Gönner, Jahrbücher rc. II. S. 367.) den Erlaß der Strafschärfung des Verwandtenmordes begründen", also mehr nicht als diesen Erlaß, nicht auch die Aufhebung der Todesstrafe.

So sagt auch Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Th. II. S. 55 u. 59: „den Kindsmord geringer zu strafen als andere Arten des Verwandtenmordes, sind allerdings hinlängliche Gründe vorhanden. Denn wenn auch eine Gesetzgebung, die selbst in einer noch ungebornen Leibesfrucht die Rechte des Menschen ehrt, und darum alle die Entwickelung und Ausbildung derselben hindernden Handlungen unter Strafe verbietet, die Berufung der Mutter, daß das neugeborne Kind weniger noch ein selbstständiges Wesen, als vielmehr ein Theil ihrer selbst sey, nicht als vollgültige Entschuldigung gelten lassen kann [15]): so streitet für eine mildere Ansicht der That doch der Umstand, daß die Mutter für die neugeborne Frucht noch nicht dieselbe zärtliche Liebe empfinden kann, wie für das ältere Kind, dem sie schon längere Zeit die Sorgfalt einer Mutter widmete (ein Argument, welches, wenn es wahr wäre, auch auf eheliche Kinder, und auf den Vater als Mörder eines unehelichen oder ehelichen neugebornen Kindes passen würde); daß überdieß, nach den Aussprüchen der gerichtlichen

15) Also doch einige Rücksicht soll darauf genommen werden. In China und andern Heidenstaaten, wo der Kindsmord in allen seinen Gräueln herrscht, geht man noch weiter. Man sagt: das eheliche Kind gehöre dem Vater, und deshalb habe er das Recht es (besonders weiblichen Geschlechts) zu vernichten.

Medicin (Henke's Abhandl. aus der gerichtl. Medicin, Th. 4. Nr. 3.), Gebährende (aber doch nicht bloß, oder auch nur vorzugsweise außerehelich Gebährende?) nicht selten in den Zustand einer vorübergehenden Seelenstörung verfallen, der keine deutliche Erkenntniß der in diesem Zustande begangenen Handlungen, und noch weniger der darin vorgefallenen Unterlassungen, also auch nicht die volle Zurechnung derselben zuläßt. Endlich ist auch noch Rücksicht zu nehmen auf die Gefühle der Schaam, der Furcht vor der Schande, der Verzweiflung, sich von dem Kinde des Vaters verlassen zu sehen, und mit diesem letzteren der bittersten Noth Preis gegeben zu seyn (obwohl eine Ernährungspflicht des Vaters besteht?): Gefühle, von denen häufig das Gemüth der außerehelich Geschwängerten, am meisten in dem entscheidenden Momente der Geburt eines lebenden Kindes, bestürmt wird, und die theils schon an und für sich als die Strafbarkeit der durch sie motivirten Tödtung mildernd, theils als Beförderungs- und Verstärkungsmittels des (nicht selten) krankhaften psychischen Zustandes der Gebährenden Berücksichtigung verdienen."

Also auch hier ein Inbegriff mehrerer Gründe, welche zutreffen können, aber auch nicht. Fehlen sie aber, wie dann? Hierauf antwortet Henke: „Und selbst die Mutter hat darauf (auf mildere Beurtheilung) nur in sofern Anspruch, als ihr aus der Bekanntwerdung der unehelichen Geburt Schande erwachsen kann, was bei der, der Geschlechtsehre bereits Verlustigen nicht der Fall ist. Zwar kann auch einer solchen der zweite der obigen Milderungsgründe zu statten kommen; nämlich der krankhafte psychische Zustand, in den Gebährende bisweilen verfallen; allein dieß ist durchaus nichts dem Kindsmorde Eigenthümliches, sondern etwas, was auf die Strafbarkeit aller in diesem Zustande begangener gesetzwidriger

Handlungen mildernd oder wohl gar tilgend einwirkt, dahingegen die Furcht vor dem Verluste der Geschlechtsehre ein dem Kindsmorde eigenthümliches, milderndes Motiv ist."

Somit wird auf das letztere Motiv, welches oben nur adminiculirend in Betracht kam, hier wieder das Hauptgewicht gelegt, und zugleich darin gefehlt, daß es nach dieser Darstellung von den Umständen des besonderen Falles abhängt, ob die mildere Strafe des Kindsmordes zu verhängen sey oder nicht, was entschieden der P. G. O. widerstreitet; denn wenn dieselbe den Kindsmord milder beurtheilt, so beurtheilt sie ihn jedenfalls unbedingt, milder. Mithin wäre man auch hier genöthigt zu Gunsten der Schuldigen mildernde Momente zu fingiren, welche in der Wirklichkeit auf sie nicht passen.

Auch Wächter, Lehrbuch Th. 2. S. 161. bemerkt: „Warum Karl V. diese Tödtung nicht wie Parricidium bestraft, dafür läßt sich doch wohl kein anderer Grund denken, als die Rücksicht auf die besonders traurige und bedrängte Lage der Mutter, wenn er gleich die Gründe dieser Rücksicht sich nicht ganz klar gemacht haben mag. Diese Gründe waren aber wohl auf keinen Fall bloß Achtung und Rücksicht des Motivs der Rettung der weiblichen Ehre; denn bei wie vielen Kindsmorden ist dieß nicht das nächste Motiv — sondern konnten wohl nur seyn die Rücksicht auf den besondern körperlichen und psychischen Zustand der Mutter in Verbindung mit dem marternden Gedanken an die Folgen des etwaigen Bekanntwerdens des Fehltritts, also nicht bloß an öffentliche Schande, sondern auch der Gedanke an den Kummer und die Kränkung der Eltern, an die von denselben und den Verwandten zu erwartenden Vorwürfe und Mißhandlungen, an Verlust des Dienstes

und dadurch aller Mittel des Fortkommens ꝛc. (vgl. Pestalozzi Werke Th. VII u. VIII, Stuttgart 1821—22), weshalb es auch im Allgemeinen nicht darauf ankommt, ob das Mädchen schon früher einmal oder mehreremale geboren hatte oder nicht (Gans, über den Kindsmord S. 221 fg.). Diese bedrängte Lage, aus welcher ein Kindsmord noch retten könnte, ist aber nicht mehr vorhanden, wenn die Schwangerschaft bekannt ist, und deshalb gehört zum privilegirten Kindsmord Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft, oder wenigstens nachheriges Abläugnen der Schwangerschaft (Grolman §. 276. Anm. b) und heimliche Niederkunft — was doch wohl auch die P. G. O. durch die mehrmals wiederholten Requisite des heimlichen Tödtens, heimlichen Tragens und heimlichen Gebährens anzudeuten scheint, aber freilich die Praxis nach der P. G. O. bis zum Anfange dieses Jahrhunderts nicht beachtete, (und nach der obigen Ausführung, im richtigen Sinne der P. G. O., welche das Verbrechen des Kindsmordes keineswegs für milder ansah, als das des Verwandtenmordes überhaupt.

Auch in diesem Archive Jahrg. 1845. S. 87, drückt sich Wächter, wie aus der obigen (§. 1.) Mittheilung erhellt, nur unter Verweisung zugleich auf die Worte: „um Verzweiflung zu verhüten", und „ihre geübte Leichtfertigkeit zu verbergen", in gleicher Weise aus, fügt dann aber noch hinzu: „diese eigenthümliche Bedrängniß aber, in welcher die Mutter nur in der Tödtung des Kindes das einzige Rettungsmittel erblickt, ist auf diese Weise bloß dann vorhanden, wenn sie Schwangerschaft und Niederkunft verheimlicht hatte, oder wenigstens glaubt, daß ihre Verheimlichung ꝛc. dem Publicum nicht bekannt sey. Denn wenn sie ganz öffentlich schwanger ging, und ihre Schwangerschaft ganz offen bekannt und von ihr zugestan-

den war, so ist ja Alles, was sie fürchtete, und was sie in Bedrängniß setzen konnte, bereits eingetreten, und die bedrängte Lage, aus welcher ein Kindsmord sie noch ziehen, und die sie daher zu dieser That verleiten könnte, ist dann ja gar nicht mehr vorhanden".

Abgesehen aber davon, daß — die P. G. O. mochte den Kindsmord milder beurtheilen wollen, oder nicht — die Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft ja nur im Abs. 2. des Art. 131. als Anzeige (indicium) des Kindsmordes bei einem todt gefundenen Kinde gegen die läugnende Mutter hervorgehoben wird, während im Abs. 1, welcher den Thatbestand und die Strafe bestimmt, nichts der Art vorkommt, und man mit dem gleichen Rechte auch bei andern Verbrechen deren Merkmale aus den über dieselben verzeichneten Indicien (Art. 33—44.) ableiten dürfte; endlich, daß die Worte „heimlich tödtet" nach dem Obigen einen ganz andern Sinn haben — abgesehen hievon, so dürfte Wächter die Consequenzen aus den von ihm mit Martin und Andern angenommenen Gründen nicht richtig gezogen haben. Legt man das Hauptgewicht auf Rettung der Geschlechtsehre, so bedarf es allerdings, wie nachgewiesen wurde, zum Thatbestande des milder zu beurtheilenden Kindsmordes einer vorgängigen Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft. Wird aber darauf wenig Gewicht gelegt, ist es vielmehr die bedrängte Lage der Mutter überhaupt, welche die mildere Beurtheilung des Kindsmordes begründen soll, so kann sie auch nach Bekanntwerden ihrer Schwangerschaft, und selbst ihrer Niederkunft sich durch die Tödtung des Kindes immer noch aus jener Bedrängniß retten; und so wird gewiß jede Kindsmörderin die Sache ansehen. Wäre das Kind todt zur Welt gekommen, so würde nach der einmal bestehenden laxen Ansicht bald Alles vergeben und vergessen seyn.

Ihre bedrängte Lage hätte aufgehört; ihr Dienst bliebe ihr, oder sie würde leicht einen neuen finden; Eltern und Angehörige sind froh darum, daß es dießmal so gut abgelaufen sey; auch der Bräutigam vergiebt, und das ohnehin in diesem Punkte nicht streng urtheilende Publicum, wenn es nur kein lebendes Kind vor Augen hat, vergißt bald die Sache, und wußte wohl auch nur theilweise darum, während der Anblick des Kindes auch die, welche um die Schwängerung seither nicht wußten, an den Fehltritt der Mutter erinnert. Was nun das todtgeborne Kind bewirkt, das soll nach der Absicht der Mutter durch die Tödtung desselben bewirkt werden, und wenn sie mit Rücksicht auf das (theilweise) Bekanntwerden ihrer Schwangerschaft dabei nicht Alles überlegt, so hofft sie eben, daß keine Nachfrage nach dem Kinde entstehen, oder daß man sie nicht verrathen, kurz daß die Sache unentdeckt bleiben werde. Jedenfalls hat sie die Absicht gehabt, sich durch die Tödtung ihres Kindes aus einer bedrängten Lage zu retten, und wenn ihr der Untersuchungs- und der erkennende Richter darauf entgegnen wollten: das sey nicht möglich, so würde sie diesen Einwand ganz unbegreiflich finden. Denn welches andere Motiv hätte sie haben, welchen andern Zweck hätte sie durch die Tödtung des Kindes verfolgen können? Selbst wenn jene Nachtheile nur eingebildet, oder von ihr zu hoch in Rechnung genommen seyn sollten, so hat sie die Sache nun einmal so aufgefaßt, und darauf hin so gehandelt! Erst wenn ihr nachgewiesen werden könnte, daß ihr bestimmt bekannt gewesen sey, wie sie keine jener Nachtheile zu befürchten Ursache gehabt habe, z. B. weil ihr von allen Seiten verziehen, ja Unterstützung zugesichert worden sey, könnte ihr Vorbringen als eine Unwahrheit oder leere Ausflucht angesehen werden, — und unter Umständen selbst dann nicht einmal, indem sie auch dadurch keine Beruhigung in

ihrem Gemüthe finden konnte, ja durch jenen Edelmuth sich um so bedrückter fühlte, und daher bei dem Gedanken eines lebenden Kindes keine Ruhe finden konnte — obwohl sie ihre Ruhe durch dessen Tödtung auch nicht wieder erlangen wird. Aber der Richter hüte sich, die Sache psychologisch unrichtig aufzufassen!

Kurz, legt man der P. G. O. die Ansicht unter, daß sie den Kindsmord aus Rücksicht auf die bedrängte Lage der Mutter milder beurtheilen wollte, so kann dieß nur vom subjectiven Standpunkte der Mutter, nicht vom objectiven des Richters verstanden werden. Auch verlangt der Abs. 1. des Art. 131, welcher den Thatbestand dieses Verbrechens bestimmt, keine Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft, noch konnte er sie verlangen, weil das Bekanntwerden der Schwangerschaft die Lage der Mutter nicht erleichtert, vielmehr umgekehrt oft sehr erschwert, und eben aus diesem Grunde der Gedanke, das Kind nach der Geburt zu tödten, um so leichter in ihr entstehen konnte. Hiernach kann es auch auf den Umstand, ob die Mutter bisher unbescholten oder ob sie selbst übelberüchtigt, ja eine meretrix war, gar nicht ankommen.

Am entschiedensten müssen diejenigen, welche neben der bedrängten Lage der Mutter zugleich ein vorzügliches Gewicht auf den „nicht selten zerrütteten Gemüthszustand der so eben Entbundenen" legen, wie nach dem Obigen Martin und Henke, das Merkmal: Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft für außerwesentlich erklären. Wirklich hat auch Martin (§. 122.) dieses Merkmal nicht aufgenommen, während Henke, indem er zuletzt mehr das Hauptgewicht auf die Vermeidung der Schande legt, sogar eine sonst unbescholtene Mutter verlangt.

Eine mittlere Theorie stellt Heffter auf, indem er (Lehrbuch §. 258.) zwar Verheimlichung der Niederkunft, nicht aber auch Verheimlichung der Schwangerschaft verlangt, weil — wie er Anm. 7. sagt — „die P. G. O. letztere (nicht als Theil des Thatbestandes, sondern) nur als Indicium des Kindsmordes anerkenne, und es auch in abstracto an allen Gründen fehle, um dem in bloß vorsätzlich verheimlichter Geburt verübten Kindsmorde schlechthin eine andere Stellung zu geben, als demjenigen, wo auch Verheimlichung der Schwangerschaft vorausgegangen sey." Dagegen soll Verheimlichung der Niederkunft theils aus den Worten: „heimlicherweiß tödtet" (Art. 131. Abs. 1.), in Verbindung mit den Worten (Art. 131. Abs. 2.): „So aber ein weibsbild, als obsteht — eyn kindlein, das nachmals todt erfunden, heimlich geboren und verborgen hett" (obwohl auch durch diese Worte nur ein Indicium des Kindsmordes ausgedrückt wird), und „ihre geübte Leichtfertigkeit zu verbergen", von welcher Heffter (§. 257. Anm.) sagt: „man travestire sie häufig, vielleicht nicht ganz passend, durch: zur Rettung der Geschlechtsehre." Wird dieß für Travestie erklärt, so muß die Auslegung jener Worte mehr als bloß „nicht ganz passend" seyn; was aber richtiger darunter zu verstehen sey, ist nicht angegeben. Er fügt noch (§. 259. Anm. 1.) hinzu: „Wäre aus der Geburt kein Geheimniß gemacht worden, so würde die Tödtung ein Parricidium seyn. Aber merkwürdig ist die Collision, in welche man geräth, wenn man auch Verheimlichung der Schwangerschaft unter die Erfordernisse des Thatbestandes aufnimmt, weil alsdann bald von geringerer Strafbarkeit, bald von der ordentlichen Strafe des Parricidium die Rede ist." Gilt dieß nicht auch von Heffter's eigner Ansicht, und überhaupt bewirkt nicht auch sonst der Mangel eines Merkmals, daß

die Handlung in ein anderes, sey es schwereres oder leichteres, Verbrechen übergeht?

Ob diese mittlere Ansicht auf innere Consequenz Anspruch habe, ist schwer zu entscheiden, da Hefter nicht angiebt, auf welchen Gründen die mildere Beurtheilung dieses Verbrechens im Sinne der P. G. O. beruhe, indem er Rettung der Geschlechtsehre so gut wie verwirft. Jedenfalls ist sie der P. G. O. fremd. Denn diese wollte ja gar nicht das „unchristlich und unmenschlich" Verbrechen der Ermordung eines „unschuldig" Kindlein, durch welches die Mutter „Schuld auf Schuld häuft" irgend milder beurtheilen, sondern nur die über alle Maaßen grausame Strafe des lebendig Begrabens und Pfählens temperiren, weshalb das Verbrechen das gleiche ist, es mag Verheimlichung der Schwangerschaft oder der Niederkunft, oder beides zugleich vorauf gegangen seyn, oder das Gegentheil Statt gefunden haben. Auch im letzteren Falle will die Mutter das lebendige Zeichen ihrer Schande vernichten, um nicht immer selbst und von Andern an diese erinnert zu werden („ihre geübte Leichtfertigkeit verbergen").

Indeß bekennt sich auch Hefter zu der Ansicht derer, welche nicht mehr im Sinne der früheren Praxis das ganze Gewicht auf das Motiv der Rettung der Geschlechtsehre legen. Nur sieht man nicht ein, wie Kindsmord mit Verheimlichung der Niederkunft, aber ohne Verheimlichung der Schwangerschaft, anders zu beurtheilen seyn soll, als Kindsmord mit Verheimlichung der Schwangerschaft aber ohne Verheimlichung der Geburt? Völlig inconsequent ist aber Tittmann, wenn er nach dem Obigen (§. 1.) jenes Motiv mit der Absicht, der Bürde des Kindes enthoben zu werden identificirt, also damit geradezu verwirft, und gleichwohl (Lehrbuch §. 191.) den Satz aufstellt, daß zum Kindsmorde Verheimlichung

der Schwangerschaft (und der Niederkunft) gehöre, „weil sonst die Absicht der Vermeidung der Schande einer unehelichen Geburt nicht mehr bezweckt werden könne". Wie ist damit auch nur vereinbar, daß selbst die meretrix von der milderen Bestrafung nicht ausgeschlossen seyn soll?

Man ersieht aber hieraus, wie tiefe Wurzel diese Ansicht von der Zeit her, wo das Hauptgewicht auf Rettung der Geschlechtsehre gelegt wurde, und von welcher das Merkmal der Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft die nothwendige Folge war (§. 3.), in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis gefaßt hatte, indem dieses Merkmal selbst dann noch, bald ganz, bald theilweise beibehalten wurde, als man jenem Grunde der milderen Beurtheilung des Kindmordes, als der P. G. O. fremd, andere Gründe in deren (angeblichen) Sinne substituirte, bei denen consequenterweise jenes Merkmal in seinen beiden Richtungen wegfallen mußte. Doch kommt es allerdings (wie sich z. B. schon bei Henke gezeigt hat) darauf an, ob von den mehreren Gründen, auf welchen die mildere Beurtheilung des Kindsmordes beruhen soll, nicht etwa der eine oder andere als präponderirend, die übrigen hingegen nur als adminiculirend hervortreten. Indeß hätte dabei erwogen werden sollen, wie anstößig es sey, selbst eine *meretrix* mit der milderen Strafe des Kindsmordes zu belegen, wenn dieselbe nur, um desto sicherer ihr verbrecherisches Vorhaben auszuführen, listig ihre Schwangerschaft, oder doch ihre Geburt verheimlicht hatte; dahingegen ein sonst ehrenhaftes, aber gefallenes Mädchen nur darum, weil zufällig ihre Schwangerschaft oder doch ihre Geburt Mehreren bekannt wurde, und welches gleichwohl ihr Kind tödtete, um sich aus einer hart bedrängten Lage zu retten, mit der viel schwereren Strafe des Verwandtenmordes zu belegen.

So sagt auch Mittermaier, Note V. zu Feuerbach §. 237: „Nicht beistimmen kann man Feuerbach, wenn er Verheimlichung der Schwangerschaft als wesentlich zum Thatbestande fordert. Man verwechselt dabei den gewöhnlichen Fall mit dem wesentlichen Merkmale. Alle Gründe, die den Kindsmord gelinder zu strafen fordern, können auch vorhanden seyn, wenn die Geschwängerte ihren Zustand nicht verhehlte, wie im Crim. Archiv Bd. VII. S. 323 nachgewiesen ist, und wofür auch Roßhirt, Geschichte II. S. 225. und Jarke in Hitzig's Zeitschr. Heft 28. S. 367. sind. Auch in Preußen wird dieß Requisit nicht gefordert, Temme Lehre von der Tödtung S. 228. Einen merkwürdigen Fall des Kindsmordes ohne solche Verheimlichung theilt Schwörer, Beiträge zur Lehre vom Thatbestand des Kindsmordes, Freiburg 1836. S. 20. mit."

Nun hängt freilich Alles davon ab, welche Gründe Mittermaier für die mildere Beurtheilung dieses Verbrechens aufstellt? In dieser Beziehung bemerkt derselbe Note I. zu Feuerbach §. 236. Folgendes:

„Erst die spätere Praxis, theils die Grundsätze von der Zurechnung, theils ärztliche Erfahrungen besser verwägend, bildete diese Ansicht (der milderen Beurtheilung des Kindsmordes nach der P. G. O.) fort, und kam dazu, bei der Tödtung des neugebornen unehelichen Kindes durch die Mutter sowohl die Eigenthümlichkeit der Motive, welche zu einem solchen Verbrechen die Mutter bringen, als den geistigen und physischen, die Zurechnung sehr vermindernden Zustand der Gebährenden zu berücksichtigen, und daher das Verbrechen als eine besondere, und zwar regelmäßig gelindere Art der Tödtung zu betrachten (Archiv VII. S. 13—32 fgg.). Das Zusammenwirken der Rücksichten theils auf den

physischen und geistigen Zustand der Gebährenden, theils auf die besonderen Motive, welche die außerehelich Geschwängerte zu dem Entschlusse zu tödten bewegen, erklären die mildere Bestrafung dieses Verbrechens [dieß ist nur Wiederholung des vorigen Satzes], bei welchem selbst die Vorstellung von dem neugebornen Kinde, als einem unselbstständigen Wesen, und die häufig vorkommende Ansicht der außerehelich Geschwängerten, daß ihr Unrecht nicht so groß sey, berücksichtigt werden".

Sind dieß die Gründe (von welchen aber die beiden letzteren wohl wenig, oder gar keine Bedeutung haben), auf welchen die mildere Beurtheilung des Kindsmordes beruht, so gebietet es allerdings die Consequenz, weder auf die Qualification der Mutter (ob gut oder übelberüchtigt), noch auf Verheimlichnng der Schwangerschaft und der Niederkunft irgend einiges Gewicht zu legen; kurz diese können dann nicht zum Thatbestande dieses Verbrechens gehören. Bei der „Eigenthümlichkeit der Motive" hat Mittermaier wohl die Absicht der Mutter im Auge, sich aus der bedrängten Lage, in welche sie durch ihren Fehltritt versetzt worden, zu erretten, und diese Bedrängniß kann eine moralische und äußere zugleich, oder nur die eine oder andere seyn. Aber bei der, die Zurechnung mindernden physischen und psychischen Exaltation der Gebährenden hätte es doch, wie sich Henke und Martin vorsichtiger ausdrücken, des Beisatzes „öfter" bedurft, indem dieser Zustand erfahrungsmäßig nicht immer, ja nicht einmal sehr häufig vorkommt. Ein wie großes Gewicht übrigens Mittermaier auf dieses Moment legt, erhellt daraus, daß er in consequenter Anwendung dieses Grundes, als Hauptgrundes, (Note IV. zu §. 237.) bemerkt:

„Die Versuche, durch Angabe einer gewissen Zeit gesetzlich zu bestimmen, wie lange ein Kind ein neuge-

bornes sey, ist bedenklich; am richtigsten nimmt man das Verbrechen, als am neugebornen Kinde verübt, an, wenn es an dem Kinde während der Geburt oder unmittelbar nach dem Geburtsacte verübt wird, Archiv VII. S. 304, Thöl in Henke's Zeitschrift für Arzeneikunde, 1827, H. 2. S. 400."

Man ersieht hieraus abermals, wie die Bestimmung des Begriffs des neugebornen Kindes von dem Grunde, oder doch dem Hauptgrunde, auf welchem die mildere Beurtheilung des Kindsmordes beruhen soll, abhängig gemacht wird. Nach der älteren Ansicht, welche Alles auf Rettung der Geschlechtsehre stellte, mußte sich (§. 2 u. 3.) das „neugeborne" Kind mancherlei wunderliche Deutungen gefallen lassen. Hier dagegen wird es im gewöhnlichen Sinne genommen, aber möglichst beschränkt (während oder unmittelbar nach der Geburt), weil der nicht einmal immer vorauszusetzende Zustand der physischen und psysischen Aufregung, als strafmilderndes Moment, regelmäßig von nur kurzer Dauer ist; während, wenn die „Eigenthümlichkeit der Motive" das größere Gewicht hätten, ein „unmittelbar nach dem Geburtsacte" nicht erfordert würde. Hiernach wird man berechtigt seyn, anzunehmen, daß Mittermaier das eigentliche oder Hauptgewicht auf „Verminderung der Zurechnung" legt, und damit zwar noch drei weitere Momente oder Gründe verbindet, diesen aber nur einen praktisch mehr untergeordneten Werth beilegt. Sonach gehörte Mittermaier's Ansicht weniger hieher, als vielmehr in die, unten zu entwickelnde dritte Kategorie, aus welcher alle seine Consequenzen durchaus folgerichtig herfließen, und die dort auch in legislativer Hinsicht vollständig anerkannt sind.

Anders Abegg, welcher (Lehrbuch §. 249.) bemerkt: „Allmählig aber hat sich die Ansicht einer beson-

dern milderen Behandlung der Kindsmörderinnen zu Folge des eigenthümlichen Motivs ihrer Handlung und der hier obwaltenden, sie theilweise entschuldigenden Umstände geltend gemacht, wobei nothwendig einige im Gesetze nicht genannte Erfordernisse des Thatbestandes behauptet werden mußten, die zum Theil freilich nur auf einem nicht völlig erwiesenen Grundsatze, nicht auf positivem Boden beruhen, zum Theil aber, wenigstens im Wege der Induction, aus dem Gesetze abgeleitet werden können". Dabei wird in der Anm. hinzugefügt: „.... Indeß mag das Motiv, wie man es jetzt bezeichnet, Bewahrung der Geschlechtsehre — freilich etwas zu spät — Verbergung der Schande ꝛc. sich allerdings aus den Quellen rechtfertigen. Die P. G. O. spricht von der Vermuthung, daß die Mutter vermeint [16]), „ihre geübte Leichtfertigkeit verborgen zu halten", die Tyroler Landesordn. von 1532 „daß sy jr Schand verbergen möge", eben so die Henneberger von 1539, VIII, 5. cap. 3, die jedoch hierin keinen Grund finden, von der alten strengen Strafe abzuweichen — welche Karl V. milderte [17]). Daß die Annahme solcher Schande, die mit Kirchenbuße ꝛc. gerügt wurde, häufig dieses Verbrechen veranlaßte, ist unläugbar. .... Eine besondere Folge der neueren Ansicht .... war das Hervorheben der Verheimlichung der Schwangerschaft und der Geburt .. als Merkmal des Thatbestandes".

16) So drückt sie sich doch nicht aus.

17) Eben dadurch rechtfertigt sich die obige Ansicht, daß die P. G. O. das Verbrechen des Kindsmordes nicht milder beurtheilen wollte. Wie konnte sie ein Motiv, welches nach der bestehenden Ansicht die Strafbarkeit der Mutter erhöhte (Verbergung ihrer Schande durch ein so schweres Verbrechen, also Häufung der Schuld auf Schuld) für ein ihre Strafbarkeit milderndes Moment ausgeben, ohne sich mit der Volksansicht in den offensten Widerspruch zu setzen. Und wie paßt dazu das Urtheil: „unchristlich und unmenschlich Uebel" ꝛc.?

Dieses Merkmal ist indeß nicht in die §. 251—254. (vom Thatbestande des Kindsmordes) als wesentliches Merkmal aufgenommen, sondern im §. 251 Anm. wird dasselbe nur als indicium des Kindsmordes behandelt, aber doch bemerkt: „ohne die Verheimlichung tritt wohl nicht die im Art. 131. bezeichnete Möglichkeit ein, ihre geübte Leichtfertigkeit zu verbergen"[18]). Eben so schwankend heißt es hinsichtlich des neugebornen Kindes (§. 253 Anm.): „Streitig ist hier die Bestimmung einer Gränze. Argumentirt man aus allgemeinen Gründen ohne gesetzlichen Haltpunkt, und aus dem in anderer Rücksicht hervortretenden Merkmale des Verborgenhaltens des Kindes, so kommt man zu dem Ergebnisse, daß auch an einem mehrere Jahre alten Kinde dieses Verbrechen und nicht der strafbarere Verwandtenmord begangen werde; wobei sich denn wieder nicht abnehmen läßt, wie man mit Heffter Lehrb. §. 258. Note 10. aus dem Begriff der infantia eine Gränzbestimmung ableiten will. Am einleuchtendsten ist wohl die Meinung von Grolman §. 276. II." Endlich ist die Frage: ob, mit Rücksicht auf das angenommene Motiv, die Mutter sonst unbescholten seyn müsse, oder ob sie auch übelberüchtigt, ja eine meretrix seyn könne, nicht gehörig berücksichtigt worden.

Allerdings hat Abegg darin recht, daß man sich hier auf einem unsicheren schwankenden Boden befindet. Denn je nachdem man auf dem Gebiete der Doctrin und Praxis, von diesem oder von jenem Entschuldigungsgrunde ausgeht, oder, wenn es ihrer mehrere sind, je nachdem man auf den einen oder auf den andern das Hauptgewicht legt, so gelangt man zu verschiedenen Resultaten, unter

18) In die Begriffsbestimmung (§. 250.) ist dagegen die Verheimlichung der Schwangerschaft, nicht aber auch der Geburt (Niederkunft) aufgenommen.

welchen dem Theoretiker wie dem Praktiker die Wahl schwer fallen mag. Legt man indeß, wie bei Abegg der Fall zu seyn scheint, auf das neuerdings immer mehr verlassene Motiv der Rettung der Geschlechtsehre (Vermeidung der Schande einer unehelichen Geburt) das Hauptgewicht, und verbindet man damit noch seine Zusatzworte: „die hier obwaltenden, die Mutter theilweise entschuldigenden Umstände" (aber welche?), so hätte sich Abegg zu den Consequenzen seiner Ansicht bestimmt bekennen sollen, und dieß vermißt man hier. Jedenfalls ist die Verheimlichung der Schwangerschaft (nicht auch der Niederkunft) zwar in die Begriffsbestimmung des Kindsmordes, nicht aber auch unter die Merkmale desselben aufgenommen; ferner ist die Frage: ob das Motiv der Handlung von Einfluß auf die Bestimmung des Begriffs des neugebornen Kindes sey, weder bestimmt bejaht, noch bestimmt verneint; endlich auch die Frage über den Ruf der außerehelich Geschwängerten nicht gehörig berücksichtigt, weshalb ein sicheres Urtheil über Abegg's Ansicht schwer hält.

Bestimmter äußert sich Marezoll, Lehrbuch S. 299. dahin: „Hinsichtlich des Thatbestandes des Kindsmordes wird Vieles abgeleitet aus einer, zwar an sich sehr verständigen, aber von der P. G. O. selbst nicht, oder wenigstens nicht in dieser Bestimmtheit hervorgehobenen ratio legis[19]). Danach soll nämlich die ungewöhnlich milde Behandlung des Kindsmordes[20]) hervorgegangen seyn aus einer billigen legislativen Rücksicht auf den eigenthümlichen, physisch

19) Welche nach der allgemein angenommenen Ansicht darin besteht, daß die P. G. O. ein Motiv entschuldigen soll, welches nach der bestehenden Ansicht ihrer Zeit besonders verwerflich schien — das Häufen von Schuld auf Schuld.

20) Die Beschränkung einer unmenschlichen Strafe verdient doch dieses Urtheil nicht.

und psychisch gereizten Zustand, in welchem sich gewöhnlich, oder wenigstens sehr oft die Mutter bei der Verübung des Verbrechens befindet. Dieser Zustand ist theils eine natürliche, vorübergehende Folge der Niederkunft selbst, theils wird er, falls das geborne Kind ein uneheliches ist, gesteigert durch die in der That oft trostlose Zukunft, welcher die Mutter entgegensieht, wenn ihr Fehltritt und der Umstand, daß sie ein uneheliches Kind geboren hat, bekannt wird [21]). Wo nun im Allgemeinen möglicher Weise diese mildernden Rücksichten eintreten können [22]), da ist nach der heutigen Theorie ein Kindsmord vorhanden, nämlich dann, wenn die Mutter ihr neugebornes, uneheliches Kind absichtlich in der Meinung, dadurch ihren Fehltritt verheimlichen zu können, bei oder bald nach der Geburt heimlich tödtet."

Weiter wird ausgeführt, 1) daß nur die leibliche Mutter Subject dieses Verbrechens seyn könne, wozu in der Anm. 4. hinzugefügt wird: „Gestützt auf die angedeutete ratio legis, verlangen manche Criminalisten, zum besonderen Thatbestande des Kindsmordes, daß die Mutter eine Person seyn müsse, welche nicht schon anerkannt und notorisch ihre Geschlechtsehre verloren habe.

21) Anm. von Marezoll: Es ist jedenfalls nicht blos auf die eine oder die andere dieser Rücksichten allein Gewicht zu legen, sondern auf alle zusammen, indem oft da, wo die eine weniger Platz greift, doch die andere vielleicht desto stärker eintritt.

22) Anm. desselben: Nur ist nicht, wie oft geschieht, die angegebene ratio legis (*legis*? nach dem Obigen gewiß nicht) mit dem eigentlichen Thatbestande selbst zu verwechseln, indem nicht Alles, was die ratio legis bilden hilft, mit in den Thatbestand des Kindsmordes aufgenommen werden darf. (Aber wie viel denn? Dies wird der weitere Verlauf der Marezoll'schen Ansicht ergeben.)

Allein theils ist dies, wenn man es nicht auf förmliche Huren beschränken will, ein sehr relativer Begriff; theils auch in anderer Beziehung sehr bedenklich. Denn die Scheu vor dem drohenden Verluste der Geschlechtsehre ist nur eines der mehreren Momente, welche in der oben entwickelten ratio legis [d. h. der Doctrin und Praxis], wenn diese überhaupt die richtige ist, liegen. Auch der Ausdruck „Leichtfertigkeit" läßt sich eben so gut gegen, als für jene Behauptung brauchen. Gans über den Kindsmord S. 221 [23])." 2) Wird ein neugebornes Kind verlangt, und dabei in der Anm. bemerkt: „In neuerer Zeit wirft man dieses Requisit oft zusammen mit einem andern Requisite, mit welchem es nicht nothwendig zusammenhängt, [weil nämlich nicht Alles, was die ratio legis bilden hilft, in den Thatbestand aufzunehmen ist], nämlich damit, daß die uneheliche Niederkunft, wenigstens nach der Meinung der Verbrecherin, noch nicht bekannt seyn darf. Aber eines dieser Requisite bedingt nicht nothwendig das andere. Denn wenn die Mutter, nachdem es ihr wirklich gelungen, die Schwangerschaft und Niederkunft zu verheimlichen, ihr schon mehrere Jahre altes uneheliches Kind heimlich tödtet, so kann doch deshalb das Kind nicht als ein neugebornes, bei oder nach der Geburt getödtetes betrachtet werden. Gleichwohl haben neuere Juristen (Werner Handb. §. 544, Heffter Lehrb. §. 258. Note 10.) behauptet, daß es für den Thatbestand des Kindsmordes gar nicht darauf ankomme, ob das Kind ein neugebornes sey oder nicht." 3) Das Kind muß heimlich getöd-

23) oder vielmehr man legt in ein tadelndes ein milderndes Urtheil hinein. Daß aber auch meretrices im Sinne der P. G. O. (des tadelnden Urtheils) gemeint sind, kann nicht bezweifelt werden. Dreht man nun das Urtheil um, so müssen allerdings auch solche Subjecte milder beurtheilt werden.

tet seyn [24]), unter Verhältnissen, unter denen die Mutter hoffen konnte, durch die Tödtung des Kindes ihren Fehltritt mit dessen Folgen vor der Welt zu verbergen. Nur in sofern kann ein voraufgegangenes Verheimlichen der Schwangerschaft, als zum Thatbestande gehörig, angenommen werden."

Prüfen wir diese Ansicht, so geht Marezoll von drei Sätzen aus: 1) die ratio *legis*, „wenn sie überhaupt die richtige sey" (und hinsichtlich dieses Zweifels muß man ihm gewiß beistimmen), d. h. der Grund, worauf die mildere Beurtheilung des Kindsmordes beruhe, habe einen doppelten Bestand, nämlich: die physische und psychische Aufregung der Mutter, als, wenigstens häufige natürliche, aber vorübergehende Folge der Niederkunft selbst, und die (jenen Zustand steigernde) oft trostlose Lage, welcher die Mutter durch das Bekanntwerden einer unehelichen Geburt entgegensehe. 2) Es sey aber nicht bloß auf die eine oder die andere dieser Rücksichten (Momente) allein Gewicht zu legen, sondern auf alle (beide) zusammen, indem oft da, wo die eine weniger Platz greife, doch die andere vielleicht desto stärker eintrete, wie hinsichtlich der Frage über den Ruf der Mutter. (Es kann aber auch in concreto keiner dieser Gründe zutreffen.) Endlich 3) dürfe man die ratio legis nicht mit dem eigentlichen Thatbestande [25]) verwechseln, indem nicht Alles, was die ratio legis bilden helfe (d. h. was aus ihr zu folgern ist), mit in den

---

24) womit aber die P. G. O. nur ausdrücken will, wie bei der Vergiftung, daß solche Tödtungsfälle immer nur heimlich, aber nicht offen (wie mitunter Selbstmord, öfter Todtschlag), vorkommen.

25) den man aus Art. 131. Abs. 1, welcher den Begriff und die Strafe bestimmt, und dem nur von Anzeigen des Kindsmordes handelnden Abs. 2. desselben Artikels zusammen zu lesen pflegt.

Thatbestand des Kindsmordes aufgenommen werden dürfe. Daher gehöre, ungeachtet jener ratio legis, zum Thatbestande dieses Verbrechens: a) ein neugebornes Kind im natürlichen Sinne des Worts, also mit Ausschluß eines, wenn gleich bis dahin verborgen gehaltenen mehrjährigen Kindes; (oder, wie man einfacher sagen könnte: da der Thatbestand aus beiden Hälften — Abs. 1 u. 2 — des Art. 131 geschöpft werden darf, so würde die entgegengesetzte Ansicht zu einem Widerspruch mit den Worten führen: „vor, in oder nach der Geburt", indem diese Worte dem Zusammenhange nach ein Kind ausdrücken, welches entweder im Begriff ist geboren zu werden (vor der vollständigen Geburt, in der Geburt selbst), oder welches kaum erst geboren ist). Ferner b) Verheimlichung der Schwangerschaft, weil (wenn der Vf. hier anders Marezoll richtig verstanden hat) die P. G. O. (Art. 131. Abs. 1.) ein heimliches Tödten des Kindes, und zwar darum verlangt, weil sonst das Motiv „ihre geübte Leichtfertigkeit zu verbergen" nicht entschuldigend eingreifen könnte; und in sofern bedürfe es, ungeachtet der ratio legis, einer Verheimlichung der Schwangerschaft (und doch wohl auch der Niederkunft?). Aber auch nur in sofern; denn so z. B. läßt sich sehr wohl der Fall denken, daß eine Geschwängerte, deren Schwangerschaft bekannt wurde, solches nachher den Leuten vollständig ausredete, oder daß zwar die Leute darum wußten, nicht aber sie um das Wissen jener, und wenn sie nun später ihr Kind tödtet, so sind für sie immer noch die Voraussetzungen vorhanden, durch die Tödtung des Kindes ihren Fehltritt sammt dessen Folgen vor den Augen der Welt zu verbergen.

Gegen diese Ansicht, den Thatbestand des Verbrechens nur theilweise durch die (s. g.) ratio legis

bestimmen zu lassen, mit a. W. die Folgerungen aus demselben in dieser Richtung bald anzuerkennen, bald zurückzuweisen, lassen sich indeß gegründete Bedenken erheben. Denn soll hier nicht bloß Willkür (subjective Ansicht) entscheiden, so bedarf es eines Princips, durch welches der Umfang der zulässigen Folgerungen bestimmt wird. Ein solches vermißt man hier aber, weshalb sich aus Marezoll's Prämissen auch die entgegengesetzten Folgerungen ziehen lassen. So z. B. nimmt derselbe, und wie es scheint mit Recht, auf den Ruf der Mutter keine Rücksicht, weil die Erhaltung der Geschlechtsehre (Furcht vor Schande) nicht die einzige Rücksicht sey, welche das Gesetz, oder vielmehr die Doctrin und Praxis, als strafmilderndes Moment im Auge habe. Und allerdings wird man unter der „oft trostlosen Zukunft der Mutter", mit a. W. unter ihrer bedrängten Lage nicht bloß moralische, sondern auch äußere Bedrängnisse zu verstehen haben; letztere aber, so wie die physische und psychische Aufregung der Mutter in Folge des Geburtsacts, können so gut bei einer übelberüchtigten, wie bei einer sonst gut prädicirten Frauensperson zutreffen. Aber gilt nicht das Gleiche auch von der Tödtung des Kindes ohne Verheimlichung der Schwangerschaft, wie schon bei Wächter's Ansicht ausgeführt wurde — und gleichwohl soll, wenigstens regelmäßig, Verheimlichung der Schwangerschaft ein wesentliches Merkmal des Kindsmordes bilden, und in dessen Ermangelung das qualificirte Verbrechen des Verwandtenmordes angenommen werden? In dieser Hinsicht spricht die Consequenz offenbar für Mittermaier's Ansicht, zumal die Worte: ihre geübte Leichtfertigkeit zu verbergen, nicht den Sinn haben, „daß die Mutter der Meinung sey, ihren Fehltritt verbergen zu können", d. h. sich selbst sagen,

müsse, daß sie dies nicht könne (mit a. W. daß sie Verwandtenmörderin sey), wenn sie wisse, daß ihre Schwangerschaft bekannt sey, und dennoch das Kind tödte. Und warum nur Verheimlichung der Schwangerschaft, und nicht auch der Niederkunft?

An diese verschiedenen Ansichten der Doctrin knüpfen wir, vor dem Uebergange zu der dritten Hauptansicht, noch folgende allgemeine Betrachtungen.

(Der Beschluß im nächsten Stücke.)

VIII.

Ueber das mißlungene Verbrechen oder den s. g. Versuch des Verbrechens.

Von
Herrn Dr. T. Brackenhoeft,
Privatdocenten in Heidelberg.

(Schluß des Aufsatzes Nr. III. im vorigen Stücke.)

§. 10.

Verbrechen, die unmittelbar gegen den Status, nämlich die rechtliche Persönlichkeit, des Einzelnen, und nicht etwa gegen einzelne Ausflüsse desselben, gerichtet sind, werden entweder durch verletzende Aeußerungen von Meinungen, oder durch Gewaltthätigkeiten begangen, und bilden das Gebiet der eigentlichen Injurie. Jene Aeußerungen können schon ihrer Natur nach nicht versucht werden, sey es daß sie durch die Rede [1]), oder durch Schrift oder Bild geschehen. Denn auch im letztern Falle besteht der verletzende Charakter der Handlung in der Darstellung, die erst dann beginnt, wenn die Aeußerung Anderen wahrnehmbar gemacht ist, dann aber auch vollendet ist; denn zum Begriffe einer Darstellung ist es nicht erforderlich, daß sie

1) Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. IV. S. 19. Hepp Versuche S. 291. 301. 302. Zachariä vom Vers. der Verbr. I. S. 75 ff.

in der That von Anderen wahrgenommen sey [2]), wenn auch die Möglichkeit einer Strafanwendung davon abhängt. Gewaltthat kann hingegen zwar dann versucht werden [3]), wenn ein gewisser Grad der Ausführung derselben in der äußern Sinnenwelt zu ihrer Vollendung erfordert wird, und sie demnach quantitative Erfordernisse hat. Allein da, wo die Gewaltthat blos als Meinungsäußerung in Betracht kommt, nämlich als die reale Erklärung, daß der Vergewaltigte einer als entwürdigend geltenden Behandlung unterworfen werden dürfe, wie dies bei der Realinjurie der Fall ist; da kann es auf die Verschiedenheit des Grades der Ausführung nur in sofern ankommen, als diese verschiedenen Grade auch verschiedene Meinungsäußerungen involviren [4]); und es ist unmöglich, daß die eine Meinungsäußerung den Versuch zu einer andern bilde. Nur ein vorbereitendes Verhältniß der einen Meinungsäußerung zu einer andern läßt sich denken, wenn die erste in der Absicht geschieht, um die Gelegenheit zur andern zu

---

2) S. indeß Menzel a. a. O. S. 111 ff. 130 f., der in Ansehung des Verbrechens der Störung der innerlichen Ruhe des Staates, welches particularrechtlich in gleicher Weise begangen wird, wenn die Darstellung darauf gerichtet ist, Abneigung gegen Verfassung, Fürsten oder Regierung zu erregen (Oesterr. Str. G. B. §. 57. 58.), und ebenfalls bei der Gotteslästerung, einen Versuch für den Fall zugiebt, wenn das begonnene Streben nach Mittheilung der schriftlichen oder bildlichen Darstellung an Andere mißlingt; und auch Zachariä a. a. O. neigt sich in Ansehung dieser Darstellungsweisen zur Möglichkeit eines Versuchs.

3) Das Auflauern mit dem Prügel, welches Zachariä a. a. O. hier als Versuch betrachtet, ist aber nur Vorbereitung.

4) Es versteht sich dabei von selber, daß die Gewaltthat bis zu dem Grade ausgeführt seyn muß, wo sie injuriös zu werden beginnt: L. 15. §. 17. D. de injuriis 47. 10. vgl. L. 15. § 10. L. 11. pr. §. 3. D. eod., und daß auch die bloße Bedrohung mit einer Gewaltthat schon injuriöser Natur seyn und dann eine Verbalinjurie begründen kann: vgl. L. 15. §. 1. D. eod.

provociren [5]). Kann die Strafbarkeit der Injurie nun auch nach Verschiedenheit der Begehung eine verschiedene seyn, so kann es nach dem Gesagten doch einen Versuch derselben nicht geben. Nimmt man übrigens eine Rangordnung der Verletzungen je nach der Wichtigkeit des Rechts an, gegen welches sie wirken, und läßt man die Wichtigkeit des Rechts von der Masse der Rechte, welche es bedingt, abhängen; und sieht man davon ab, daß durch Bildung von untergeordneten obrigkeitlichen Rechten specielle gegen diese gerichtete Verbrechen gebildet werden können; so stellt sich die Injurie als diejenige Verletzung dar, welche zuerst eine speciellere Richtung nimmt, als die gegen den allgemeinen Rechtszustand gehende ist. Und zwar ist sie gegen einen Zustand gerichtet, der zugleich ein Fundamentalbestandtheil des allgemeinen Rechtszustandes, und das Fundament der übrigen Sonderrechte eines Einzelnen ist. Aehnliche Fundamentalzustände sind die Integrität des Status des Regenten als solchen und die Integrität der religiösen Institutionen. Bei ihnen ist ebenfalls der Versuch ausgeschlossen, selbst dann wenn sie durch Gewaltthat begangen werden, wie z. B. Majestätsbeleidigung durch Angriffe auf den Körper des Regenten, Herabwürdigung der Religion durch Störung des Gottesdienstes [6]) oder durch Verletzung des

---

5) Z. B. Jemand beschimpft einen Andern wörtlich, um ihn, in Folge der dadurch provocirten Erwiederung, thätlich anzugreifen.

6) Dahingegen nimmt Menzel a. a. O. IV. S. 114 f. einen Versuch der Störung der Religionsübung, der entehrenden Mißhandlung zum Gottesdienste geweiheter Geräthschaften, z. B. durch Herabreißung der Monstranz von ihrem Standorte, an. Allein es ist hier doch nicht die Religionsübung, das Geräthe, der Gegenstand der verbrecherischen Handlung, sondern der Zustand der Achtung der Religionsinstitute überhaupt; und dieser ist verletzt, sobald die Mißachtung äußerlich an den Tag gelegt ist.

Asyls [7]). Eben dasselbe gilt auch von der Sittlichkeit als einem Fundamentalbestandtheile des allgemeinen Rechtszustandes; und Verbrechen, deren Charakter die Unsittlichkeit ist, lassen demnach auch keinen Versuch der Begehung zu, wenn man sie rein als Verletzungen des intellectuellen Zustandes der Sittlichkeit betrachtet. Auch der Unterthan verletzt solche Zustände und sein Verhältniß zu ihnen schon durch bloße Nichtanerkennung, die an und für sich selber nur dem Gebiete des Intellectuellen angehört, und nicht theilweise existiren kann. Selbst dann, wenn man [redacted] Nichtanerkennung eine gewisse Quantität von Handlungen in der äußern Sinnenwelt fordert, z. B. Befriedigung der Geschlechtslust, Vollendung des Beischlafs, so stellen sich alle die zur Herbeiführung dieses Resultats dienenden Handlungen, z. B. die Annäherung oder Vereinigung der Geschlechtstheile, nur als Vorbereitungen dar, so lange man den Thatbestand nicht aus jener intellectuellen Sphäre in die äußere Sinnenwelt verlegt. Thut man aber dies, nimmt man z. B. ein besonderes Recht des Staates, Landesherrn, oder der Obrigkeit, auf Nichtbefriedigung des Geschlechtstriebes, Nichtvollendung des Beischlafes an, in den Fällen, wo die Befriedigung oder Vollendung verbrecherisch ist —; so wird allerdings ein Versuch möglich, und jene Vorbereitungshandlungen werden, wenn sie nicht zu dem fraglichen die Verletzung dieses Rechts vollendenden Resultate führen, zu Versuchshandlungen.

---

7) Es wird schon durch den an den Tag gelegten Beschluß der Nichtachtung des kirchlichen Asyls ein Verbrechen begangen: „his, qui hoc moliri, aut facere aut nuda saltem cogitatione atque tractatu ausi fuerint". L. 6. pr. C. de his qui ad eccles. 1. 12. Einen Versuch findet hier Zachariä a. a. O. I. S. 132.

§. 11.

Ehebruch und Bigamie erscheinen als Verbrechen, in denen sich eine Verletzung der Sittlichkeit mit der Verletzung eines Status, oder eines Ausflusses desselben, vermischt. Man wird als ihren Gegenstand den Zustand einer sittlich unbefleckten Ehe betrachten müssen, und sie nicht etwa als einen Treubruch des einen Ehegatten gegen den andern auffassen dürfen, den ja der unverheirathete Ehebrecher überall nicht begehen könnte. Zur Vollendung des Verbrechens wird indeß wenigstens die Unternehmung [1] des Beischlafs gefordert. Die dieser Unternehmung vorhergehenden sie bezweckenden Handlungen können entweder in dem Streben bestehen, die Einwilligung des andern Theils zur Ausführung zu erlangen, oder in dem Bestreben, Hindernisse der Begehung zu entfernen. Setzt man nun den Zustand der sittlichen Unbeflecktheit der Ehe in die Beobachtung eines sittlichen Verhaltens von Seiten der Ehegatten, und in die Anerkennung ihrer Sittlichkeit von Seiten Anderer, so müßte durch solche Handlungen der Ehebruch schon begangen seyn, indem durch sie jenes sittliche Verhalten bereits gestört und diese Anerkennung versagt wird; wenn auch die Bigamie, als eine besondere Art desselben, noch die Vornahme der zur Eingehung einer Ehe geeigneter Handlungen erfordert. Die Gesetze haben auch in der That solche Handlungen mit einer Strafe bedroht, aber doch nicht mit der Strafe des Ehebruchs. Derjenige, welcher einen Ehegatten zu einem ehebrecheri-

---

1) „Ne quis posthac stuprum adulterium *facito* sciens dolo malo" L. 12. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. In wiefern man indeß mit Zachariä a. a. O. S. 121. sagen könne, daß nach dieser Stelle eine „wirkliche Geschlechtsvereinigung" stattgefunden haben müsse, erscheint doch nicht außer Bedenken. Bekanntlich fordert man indeß zur Vollendung Vollziehung des Beischlafs.

schen Verhältnisse zu bewegen sucht, der alienarum nuptiarum sollicitator; der matrimoniorum interpellator, soll nach römischem Rechte eine außerordentliche Strafe erleiden; allein wegen der voluntas perniciosae libidinis [2]). Diese Außerordentlichkeit der Strafe, und die besondere Begründung derselben, zeigen, daß man die Merkmale des Ehebruches selber in diesen Handlungen nicht gefunden haben kann [3]), sondern sie als ein besonderes Verbrechen [4]) betrachtet hat, welches nur unter den Gesichtspunkt der Injurie zu stellen seyn dürfte [5]). Und da, vom römischen Standpunkte aus jedenfalls, hier nur an ein Bestreben, eine Frau zum Ehebruche gegen ihren Ehemann zu bewegen, gedacht werden kann, so erscheint hier die Injurie als eine dem Manne durch ein injuriöses Betragen gegen die Frau mittelbar zugefügte. Dann läßt sich aber auch nicht annehmen, daß die Gesetze den Zustand der sittlichen Unbeflecktheit der Ehe in der angegebenen Weise aufgefaßt haben; und er kann nur in dem Zustande der Ausschließlichkeit der engeren Geschlechtsgemeinschaft zwischen den Ehegatten gefunden werden, so daß die Verletzung dieses Zustandes erst denjenigen Grad der Unsittlichkeit bildet, welcher die Sittlichkeit der Ehe verletzt. Dann stellen sich Handlungen der fraglichen Art als bloße Vorbereitungen für die Begehung des Ehebruchs dar, während, wenn man das intellectuelle Merkmal der Sittlichkeit und deren Verletzung detrahirt, und jene Ausschließlichkeit der Geschlechtsgemeinschaft in ihrer rein physischen Bedeutung als den Gegenstand des Ehebruchs be-

---

2) L. 1. pr. D. de extraord. crimin. 47. 11.

3) Als vollendetes Verbrechen betrachtet indeß diesen Fall: Luden a. a. O. S. 11 ff.

4) So auch gestaltet sich die Vorbereitung zum stuprum nach L. 1. § 2. D. eod.

5) Vgl. Zachariä a. a. O. S. 152. 153.

trachtet, sie Versuchshandlungen bilden, und dann die Möglichkeit eines Versuches des Ehebruches wie der Bigamie gegeben ist.

§. 12.

In Ansehung derjenigen Verbrechen, die durch eine Entstellung der Wahrheit begangen werden, ist von der Entstellung des Gegenstandes der Erkenntniß selber, d. h. desjenigen Gegenstandes, welcher das letzte Ziel einer erkennenden Thätigkeit ist, die Entstellung eines andern Gegenstandes, der Merkmal für jene Erkenntniß ist, zu unterscheiden. Die Erkenntniß selber ist entweder Wahrnehmung, in sofern sie durch bloße sinnliche Anschauung eines Gegenstandes geschieht, oder Beurtheilung, in sofern ein Gegenstand erst durch dessen Vergleichung mit einem andern, oder einer gewisse Merkmale an sich tragenden Vorstellung, erkannt wird. Ob die Erkenntniß Wahrnehmung oder Beurtheilung ist, hängt bei Gegenständen der äußern Sinnenwelt davon ab, ob der Gegenstand dem Erkennenden allein durch den sinnlichen Eindruck auf ihn schon eine Vorstellung mittheilt, oder nur eine Wirkung auf ihn erzeugt, von welcher auf einen gewissen Gegenstand, der einer gewissen Vorstellung entspricht, als Ursache geschlossen werden kann. Gegenstände jener Art sind nur diejenigen, die die Eigenschaft einer mündlichen oder schriftlichen Darstellung haben. Sie gelten allgemein als Erkennungsmerkmal der Wahrheit ihres Inhalts, sofern sie einen Urheber, der dafür Glauben genießt und dessen Absicht, sie als ein solches Merkmal hervorzubringen, der Erkenntniß darbieten, ohne daß es des Verhältnisses einer Eigenschaft des Merkmals zu dem zu erkennenden Gegenstande bedarf. Dadurch unterscheiden sie sich wesentlich von anderen Merkmalen der Erkenntniß, welche eben nur dadurch, daß sie sich als Eigenschaften anderer Gegen-

stände manifestiren, z. B. die Flüssigkeit oder die Süßigkeit als eine Eigenschaft des Wassers oder des Zuckers, zur Erkenntniß eines Gegenstandes führen. Jedoch können sie, eben vermöge des Mangels dieses Verhältnisses einer Eigenschaft zum Gegenstande nur als Erkennungsmerkmal gelten, sofern sie aus glaubhafter Quelle fließen. Die durch Herstellung, oder Vernichtung, oder Unterdrückung solcher Erkennungsmerkmale unternommene Entstellung der Wahrheit ist eine reine Fälschung [1]). Alle übrigen Gegenstände sinnlicher Erkenntniß, von deren Daseyn ein Urtheil über das Daseyn eines andern Gegenstandes gefällt werden kann, sind nur Einwirkungen des aufzufindenden Gegenstandes selber auf die Sinne oder Eigenschaften desselben, und daher immer Erkenntnißmerkmal und Gegenstand der Erkenntniß zugleich, wenn auch diejenigen, welche durch das Gesicht und das Gehör wahrgenommen werden, eine unmittelbarere Erkenntniß gewähren, weil in dem Sichtbaren und Hörbaren die Eigenschaft sich nicht von dem Gegenstande selber in der Wahrnehmung absondert [2]). Entstellung an diesen Gegenständen ist Täuschung derjenigen, für welche die richtige Erkenntniß des Gegenstandes der Zweck der Erkenntniß ist, ein Interesse hat. — Während jene reine Fäl-

1) Dieser Auffassung der Fälschung, als eines Hervorbringens falscher Erkenntniß*gründe*, oder Unterdrückung ächter, nicht aber falscher Erkennt*niß*, nähert sich auch *Cucumus* (Neues Archiv d. Crim. R. Bd. X. z. B. S. 518. 519. 526.). — Faßt man sie aber als Verletzung eines Rechts auf Wahrheit auf (*Cucumus* a. a. O. *Wächter* Lehrb. II. §. 179.), so unterscheidet sie sich vom Betruge *dadurch* nicht, wenn man nicht dieses Recht auf Wahrheit dahin näher bestimmt, daß es sich nur auf Wahrheit in Ansehung der Erkennbarkeit rechtlicher Verhältnisse erstrecke. Dieses Recht kann aber doch nicht weiter gehen, als die Rechts*sicherheit* es erfordert.

2) Einen Unterschied zwischen Wahrnehmen durch Hören und Sehen, und durch Fuhlen, Riechen oder Schmecken erkennt auch an: R. Notar. Ordn. §. 6.

schung durch die Entstellung eines allgemeinen Erkenniß-merkmals der Wahrheit die Sicherheit des allgemeinen Rechtszustandes verletzt, erlangt diese Täuschung einen verletzenden Charakter nur dadurch, daß sie Einzelne verhindert, ihren Willen der Wirklichkeit entsprechend zu bestimmen und ihn dem des Täuschenden zu opponiren [3]). Jene reine Fälschung muß als vollendet betrachtet werden, sobald die Entstellung zu einem Resultate geführt hat, welches der Sicherheit des allgemeinen Rechtszustandes widerstreitet. Denn nur um dieser Sicherheit willen ist die Wahrheit für die Allgemeinheit von rechtlicher Bedeutung. Dieser Widerstreit existirt aber erst dann, wenn dieses Resultat auch für Andere, als den Urheber der fälschenden Veränderung, ins Daseyn getreten ist. Und dies ist bei der Hervorbringung falscher Merkmale der gedachten Art erst dann, aber auch schon dann, der Fall, wenn sie der Wahrnehmung Anderer nur mit dem Willen ihres Urhebers zugänglich geworden sind [4]), bei der Vernichtung oder Unterdrückung wahrer Merkmale, auf deren Gebrauch Andere bereits ein Recht haben, aber schon dann [5]), wenn ihre Erkennbarkeit auf irgend eine Weise gestört ist [6]).

---

3) Vgl. oben §. 4.

4) L. 8. C. ad leg. Cornel. de falsis 9. 22. „Si falsos codicillos ab his, contra quos supplicas, factos esse contendis: non ideo accusationem evadere possunt, quod se illis negent uti". — Gebrauch ist also nicht erforderlich. Das bloße Herstellen eines falschen Instruments kann aber nicht verbrecherisch seyn, wenn derjenige, der es fertigte, Vorkehrungen traf, welche den Gebrauch zu hindern geeignet waren, sollten diese Vorkehrungen auch die andern vereitelt, z. B. die in seiner Tasche verwahrte Schrift gestohlen seyn.

5) Eine Urkunde, welche nur zum Beweise zu Gunsten einer gewissen Person gebraucht werden kann, darf ohne Zweifel von dieser selber vernichtet werden.

6) L. 1. §. 5. L. 16. pr. D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10. L. 14. C. eod. — L. 1. §. 4. L. 16. §. 2. D. eod. Vgl. L. 38. §. 6. D. de poenis 48. 19.

Wer das Radiren an einer fremden Schuldurkunde beginnt, der versucht nicht bloß die Fälschung [7]), sondern er hat sie schon vollendet, sobald nur irgend eine für die Erkennung der Wahrheit wesentliche Veränderung an derselben hervorgebracht ist [8]), während vor deren Bewirkung noch überall nichts geschehen ist, was als Theil des objectiven Thatbestandes einer Fälschung angesehen werden könnte. — Könnte man nun aber auch von der Vernichtung oder Unterdrückung eines wahren Merkmals sagen, daß dadurch ein Recht auf das Daseyn dieses sinnlichen Merkmals verletzt und dieses Merkmal selber der eigentliche Gegenstand der verbrecherischen Handlung sey; und würde man demnach vermittelst dieser Auffassung den Thatbestand in die äußere Sinnenwelt verlegen und so einen Versuch der Fälschung für möglich erklären müssen, da die Vernichtung oder Unterdrückung allerdings mißlingen kann; so ist doch eine solche Auffassung in Ansehung der Herstellung falscher Merkmale unmöglich. Denn ein Recht darauf, daß dieses Merkmal überhaupt nicht existire, läßt sich doch nicht denken, sondern nur daß es nicht in rechtsgefährdender Weise existire; und dieses Recht kann in Ansehung eines einzelnen Merkmals erst dann existiren, wenn das Merkmal selber existirt, also vor der Hervorbringung des Merkmals und seiner rechtsgefährdenden Daseynsart (nämlich einer solchen, welche auch für andere als den Hervorbringer vorhanden ist) noch gar keinen Gegenstand haben, an dem ein Versuch möglich wäre. Der Gegenstand des durch diese Art der Fälschung

---

7) A. M. Mittermaier N. Archiv d. Crim. R. II. S. 608.

8) Als solche muß man es denn auch betrachten, wenn der Inhalt unverändert geblieben, aber verdachterregende Spuren hervorgerufen sind; wiewohl immer nur, wenn es mit dem Bewußtseyn geschah, die Beweiskraft der Urkunde zu schwächen oder aufzuheben.

verletzten Rechts und der fälschenden Handlung kann also nur die Sicherheit des Rechtszustandes seyn. Daß man aber der erstern Art der Fälschung einen andern Gegenstand unterstelle, wird sich um so weniger rechtfertigen lassen, als dieser Gegenstand dann immer nur, wie bemerkt, das unterdrückte oder vernichtete Merkmal seyn würde, und dann die Unterdrückung immer nur als Versuch gestraft werden könnte, weil, wenn sie entdeckt, die Unterdrückung ja immer vereitelt wird. Muß man demnach jene Sicherheit als den Gegenstand der fälschenden Handlung betrachten, und besteht die Verletzung der Sicherheit eben in einer Gefährdung, so muß die Fälschung auch vollendet seyn, wenn sie einen rechtsgefährdenden Umstand hervorgerufen hat; und da das Mittel zur Hervorbringung eines solchen Umstandes eine Entstellung, keine Willensmanifestation, ist, so kann sie nicht eher rechtsbedrohend seyn, als sie rechtsgefährdend geworden ist. Bei einem Thatbestande, der bloß in einer Gefährdung besteht, liegt der dolus nicht im Wollen einer Verletzung, sondern im Wissen der Gefährdung; und der Thatbestand kann also nicht in einer der äußern Sinnenwelt angehörigen Verwirklichung eines verbrecherischen Willens, sondern nur in einer Nichtvermeidung der Gefährdung bestehen, daher einen verbrecherischen Charakter erst mit der Existenz dieser Gefährdung erlangen, mit welcher aber auch das Verbrechen selber vollendet ist. Ein Versuch der Fälschung an bloßen Erkenntnißmerkmalen der Wahrheit, die sich namentlich in der Fälschung von Urkunden und von Zeugenaussagen findet, muß daher als ausgeschlossen angesehen werden [9]). Wenn sich aber diese

9) Fälchungen von beweisenden Urkunden und Aussagen sind es abgesehen von der Münzfälschung, auch allein, welche den Gegenstand der lex Cornelia de falsis ursprünglich bilden,

Erkenntnißmerkmale mit dem Gegenstande der Erkenntniß identificiren, was dann der Fall ist, wenn sie in Eigenschaften des Gegenstandes der Erkenntniß selber bestehen, wird das richtige Verhältniß der Erkenntniß eines Subjects zur Wirklichkeit an dem Gegenstande der Erkenntniß selber unmittelbar aufgehoben. Hier findet sich zwar, eben so wie beim Betruge [10]) und der Unterschlagung [11]), ein der äußern Sinnenwelt angehöriger objectiver Thatbestand, und es ist daher Versuch des Verbrechens möglich; aber er kann als Versuch einer Fälschung dennoch nicht aufgefaßt werden, sondern nur als Versuch eines Betruges oder einer unterschlagenden oder dieblichen Handlung, und zuweilen gestaltet sich hier die vollendete Fälschung als Versuch eines Betrugs [12]). Man muß hier folgendermaßen unterscheiden. Entweder ist der Gegenstand, in Beziehung auf den die Erkenntniß eines Andern in ein Mißverhältniß gesetzt werden soll, bereits Gegenstand eines Rechts oder eines Besitzes, oder er besteht in einem besitzartigen Zustande desselben, oder es ist dies nicht der Fall, sondern er soll nur zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes in Ansehung desselben bewogen werden. Im erstern Falle ist die Vorbereitung zur Fälschung ein Versuch zu einer unterschlagenden oder dieblichen Handlung, wenn sie mit einer Zueignung verbunden ist, sonst aber Versuch zum Betruge. Der Fuhrmann, welcher eine Quantität des ihm zum Transport übergebenen Weines unterschlagen will und sie

---

wovon der tit. X. de crimine falsi 5. 20. handelt, und welche die P. G. O. Art. 112. von den übrigen Fälschungen absondert.

10) Vgl. oben §. 4. bei Not. 6. Not. 7.

11) Vgl. §. 16.

12) Vgl. Wächter a. a. O. II. §. 179, der dies aber doch wohl zu allgemein faßt.

durch Beimischung einer Quantität Wasser ersetzt [13]), versucht vor der geschehenen Mischung, wenn er nicht etwa die Unterschlagung schon durch ein Beiseitebringen vollendet hat, nur die Unterschlagung, weil, wenn er an der Beimischung verhindert wird, überall noch keine Einwirkung auf ein Erkenntnißmerkmal begonnen hat; der Gränznachbar, welcher die Gränzzeichen und damit auch die Gränze zu seinem Vortheil verrückt [14]), versucht vor der Vollendung der Verrückung nur ein Spolium, welches freilich, gleich der Unterschlagung, einen diebischen Charakter an sich trägt, da zugleich ein zueignender Eingriff in das Recht damit verbunden ist. Nimmt dagegen ein Dritter die Gränzverrückung vor, unternimmt jemand die Unterschiebung eines Kindes [15]), so ist, wenn die Vollendung der Verrückung gehindert worden, oder wenn das Kind nicht in die, die Täuschung vollendende, Lage gebracht werden konnte, wo dessen Unächtheit nur durch zufällige Umstände zur Anerkennung zu bringen war, nur ein Betrug versucht, sobald nämlich die Erfordernisse eines solchen vorhanden sind; aber in Ansehung der Fälschung ist nur eine Vorbereitung gegeben. Im zweiten Falle stellt sich die Sache eben so wie bei diesem Betruge eines Dritten. Wer Maaße und Gewicht fälscht [16]), um die Käufer über die Quantität des erhandelten Gegenstandes, — wer Münzen oder Papiergeld fälscht, um die Zahlungsempfänger über deren Eigenschaft als Geld, d. h.

---

13) Vgl. R. P. O. von 1548 u. 1577. Tit. 16. Andere Bestimmungen der Reichsgesetze über Weinfälschung (vgl. Feuerbach a. a. O. §. 415. Not. b.) scheinen nur auf der Schädlichkeit für die Gesundheit zu beruhen.

14) Vgl. P. G. O. Art. 114.

15) Vgl. L. 13. §. 1. L. 20. §. 1. D. ad leg. Corn. de falsis.

16) P. G. O. Art. 113.

eines Gegenstandes der gesetzlich [17]) als Zahlungsmittel gilt, zu täuschen, der hat die Fälschung vollendet, sobald er die Maaße oder das Gewicht in Gebrauch, die gefälschte Münze oder das gefälschte Papiergeld in Umlauf zu setzen unternimmt [18]), und damit auch den Betrug versucht; aber ehe dies geschehen, nur Vorbereitungshandlungen unternommen [19]).

§. 13.

Der Thatbestand des Meineides liegt ebenfalls in einer rein intellectuellen Sphäre, und ein Versuch muß daher auch bei ihm ausgeschlossen seyn. Der Meineidige fälscht seine eigne Darstellung von seiner eignen Ueberzeugung, was nur in dem Acte der Mittheilung eines solchen Inhalts derselben als des wahren an Andere begonnen und vollendet werden, und, da die Ueberzeugung Anderer dabei gleichgültig ist, nicht mißlingen kann. Er fälscht aber auch den Eid als einen Erkennungsgrund der Glaubwürdigkeit seiner Mittheilung. Da dieser aber nicht eher existirt, als er geschworen ist, so kann eine Handlung einen eidesfälschenden Charakter auch erst dann

---

17) Daher gehört denn auch der Fall hierher „wenn eyner betrieglicher weiß eyns ondern zeychen darauff schlecht" . . . und die Handlung desjenigen „welcher on habende freiheyt müntzte" (P. G. O. Art. 111.); wenn auch auch die Münze den vollen Metallwerth der gesetzlichen Münze enthält. Denn immer ist etwas als gesetzliches Zahlungsmittel gegeben, was niemand als Zahlung anzunehmen schuldig ist. Diese Handlung als einen Eingriff in das Münzrecht zu charakterisiren, scheint daher unnöthig; das Prägen geringhaltiger Münzen würde es dann nicht weniger seyn, und mit demselben Rechte würde man denn auch das Verfertigen einer falschen öffentlichen Urkunde als einen Eingriff in das öffentliche Beurkundungsrecht betrachten.

18) Wenn es als ächtes ausgegeben: Bad. Str. G. B. §. 514. 524, wo zu dem Ausgeben doch wohl nicht das Annehmen von Seiten Anderer erforderlich seyn soll.

19) Vor dem Ausgeben nimmt indeß Versuch an: Bad. Str. G. B. a. a. O.

haben, wenn der Eid, welcher gefälscht werden soll, bereits geschworen ist [1]), und damit ist der Meineid im engern Sinne auch vollendet. Zwar hat man einen Versuch des Meineides in dem Falle angenommen, wo die Ueberzeugung des Schwörenden unrichtig, der Inhalt seines Schwurs aber richtig ist [2]). Aber wenn man nicht vergißt, daß der Schwörende eben nur den Inhalt seiner Ueberzeugung zu beschwören hat, so fehlt hier an der Vollendung des Verbrechens in der That nichts. Wäre ein Mangel im Thatbestande vorhanden, so würde er nur in dem Gegenstande liegen können, in sofern als die irrige Ueberzeugung einer Fälschung nicht fähig wäre. Allein es ist ja nicht die Ueberzeugung, sondern vielmehr deren Mittheilung, welche unrichtig seyn muß, um den Thatbestand herzustellen. Der Eidesbruch ferner muß mit jeder Handlung, die im wahren Widerstreite mit der Eidespflicht steht, als vollständig begangen angesehen werden; und da dieser Widerstreit rein intellectueller Natur ist, so können die zur Herbeiführung desselben dienenden äußeren Handlungen den eidesbrüchigen Charakter erst im Augenblicke der Vollendung des Eidesbruches erlangen [3]). Eben so wenig kann die Amtserschleichung versucht werden [4]).

---

1) P. G. O. Art. 107.... „eyn gelerten meyneydt schwert."... „der also felschlich geschworen hat." Vgl. auch Sartorius in dessen und v. Zu-Rhein Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle II. S. 483 f.

2) Werner Handb. d. peinl. Rechts §. 710 ff.

3) Ob übrigens der Versuch des Eidesbruches strafbar wäre, wenn es übrigens einen geben könnte; das würde dann noch wieder davon abhängen, ob die Vollendung eine peinliche Strafe nach sich zöge. Vgl. darüber: Wächter Lehrb. II. §. 206. und das. Cit.

4) Wenn es in c. 1. C. Th. ad leg. Jul. de ambitu 9. 26. heißt: „neque aliquid inter coeptum ambitum et perfectum esse arbitretur, cum pari sorte leges scelus quam sceleris puniant voluntatem"; so ist hier, wenn auch der perfectus ambitus nicht grade, wie nach Luden a. a. O. S. 19, der mit Erfolg gekrönte, doch der coeptus ambi-

Denn die Bewerbung um ein Amt ist erlaubt, also auch die dazu in der äußern Sinnenwelt erforderlichen Handlungen; nur eine gewisse durch positives Gesetz als verbrecherisch qualificirte Art der Bewerbung ist unerlaubt. Unter denselben Gesichtspunkt fallen auch die Amtsverbrechen in sofern, als die Handlungen, durch welche sie begangen werden, nicht zugleich gemeine Verbrechen sind [5]). Ist aber letzteres der Fall, und kann das in ihnen enthaltene gemeine Verbrechen versucht werden, so ist zwar ein Versuch bei dem Amtsverbrechen nicht ausgeschlossen, kann aber doch dann immer nur als Versuch des gemeinen Verbrechens betrachtet werden, weil die Handlung in dem Augenblicke, wo sie für die Amtspflicht verletzend zu werden beginnt, das Amtsverbrechen als solches vollenden muß. Wenn z. B. ein Hypothekenbuchführer bei einer gesellschaftlichen Zusammenkunft dem A. fälschlich sagte, daß der B. Eigenthümer des Grundstückes X. sey, um ihn zu bewegen, dem B. auf eine von ihm am Grundstücke X. bestellte öffentliche Hypothek zu creditiren, so würde das Amtsverbrechen vollendet seyn, wenn er zur Inscription geschritten wäre, während, wenn der betrügliche Plan schon früher fehlschlüge, nur ein Versuch zum gemeinen Betruge vorhanden wäre. Der particularecht-

---

tus nicht ein Versuch, sondern die das Verbrechen vollendende Aeußerung des Beschlusses desselben. Daß das Verbrechen erst mit Ertheilung des Amts beendigt sey, meint indeß Zachariä a. a. O. I. S. 19.

5) Das consilium scheint indeß hier auch nach römischem Rechte nicht gestraft zu seyn; indem zum crimen repetundarum das pecuniam *accipere* gefordert wird (L. 1. D. de leg. Jul. repet. 48. 11.), und bei der Bestechung auch nach der, weiter gehenden, Bestimmung Justinian's doch immer noch die Annahme des Versprechens (Nov. 124. c. 2.). Vgl. auch Luden a. a. O. S. 216. Zachariä a. a. O. S. 256 f. Dahingegen betrachtet Menzel a. a. O. III. S. 128. die Vorbereitungen zu dem Vertrage, der die Bestechung vollendet, als Versuch des Verbrechens.

liche [6]) Mißbrauch der Amtsgewalt an und für sich selber muß seinem Begriffe nach vollendet seyn, sobald die Thätigkeit des Beamten irgend eine pflichtwidrige Richtung annimmt, die außerhalb der Sphäre des innern Geschäftsorganismus liegt und die Privatperson berührt; während diejenige Pflichtwidrigkeit, welche allein jener innern Sphäre angehört, nur Vorbereitung, von Disciplinarvergehen abgesehen, seyn kann. Wer also absichtlich einen unrichtigen Bericht abstattet, der die Grundlage einer anderweitigen Verfügung über Angelegenheiten von Privatpersonen zu bilden bestimmt ist; wer absichtlich falsche Einträge in Bücher macht, deren Inhalt für solche Angelegenheiten entscheidend ist; wer in solchen Angelegenheiten absichtlich widerrechtlich abstimmt [7]), der hat dieses Verbrechen vollendet, während derjenige, der einen noch zurücknehmbaren Befehl an Untergeordnete, oder eine zurücknehmbare Aufforderung an die bewaffnete Macht [8]), zur Ausführung einer Pflichtwidrigkeit erlassen hat, sich noch in der Vorbereitung befindet, selbst wenn ohne Zurücknahme von seiner Seite die Ausführung vereitelt seyn sollte.

§. 14.

Waren die bisher betrachteten Verbrechen solche, welche einer gewissen Specialisirung ihres Thatbestandes bedurften, durch welche die sinnliche Substanz des eigent-

---

6) Gemeinrechtlich giebt es nur einzelne Amtsverbrechen: Erpressung, Bestechung, verletzte Richterpflicht und s. g. crimen de residuis. Das crimen vis publicae ist kein besonderes Amtsverbrechen. Particularrechtlich findet sich aber der Amtsmißbrauch in der dem Ausdrucke entsprechenden umfassenden Bedeutung: Oestr. Str. G. B. §. 85. Bad. Str. G. B. §. 659.

7) Vgl. Bad. Str. G. B. §. 673. 676. 677.

8) Vgl. Menzel a. a. O. III. S. 126. 127.

lichen rechtlichen Thatbestandes selber zum rechtlichen Thatbestande erhoben werden muß, damit ein Versuch bei ihnen angenommen werden kann, so giebt es andere, deren objectiver Thatbestand immer in dieser sinnlichen Sphäre liegt. Die Thätigkeit, welche dann in das Gebiet des objectiven Thatbestandes gehört, kann hier nach den Merkmalen, die ihn in der äußern Sinnenwelt zukommen, sehr verschiedenartig seyn. Juridisch kommt aber nur ihre Bedeutung für die Vollendung des Verbrechens in Betracht. In dieser Beziehung giebt es aber nur zwei Verschiedenheiten: Ergreifung der Mittel und Ausführung. Erstere ist aber wiederum eben nichts anderes als Vorbereitung, und das Beginnen der letztern ist Versuch. Eine genauere Bestimmung der Gränze zwischen beiden ist demnach ohne Unterstellung einer gewissen Begehungsart schlechthin unmöglich, und läßt sich nicht einmal für das Gebiet eines einzelnen Verbrechens auf durchgreifende Merkmale zurückführen, wenn nicht etwa das Verbrechen ein solches ist, welches nur durch Anwendung gewisser bestimmter Mittel begangen werden kann [1]). Denn sonst macht die vom Zufalle abhängende mögliche Verschiedenheit der Mittel es unmöglich, zu bestimmen, wo die Ergreifung der Mittel aufhört und deren Gebrauch anfängt. Man muß sich hier damit begnügen, den Anfang des Versuches da zu setzen, wo die verbrecherische Thätigkeit ihre Richtung unmittelbar gegen den Gegenstand derselben nimmt, und die Gegenstände, welche sie vor der Erreichung desselben etwa ergreift, sich nur als zu beseitigende Hindernisse der Ausführung darstellen [2]). Man wird demnach hier

1) Z. B. Gift, Feuer, Wasser.

2) So namentlich die zu beseitigende räumliche Entfernung, welche den, welcher zur That schreiten will, von dem Gegenstande der verbrecherischen Handlung trennt; während die Beseitigung schützender Umstände, d. h. solcher, welche ihrem

wieder auf die scheinlichen Werke der P. G. O., die zur Vollbringung der Missethat dienlich seyn mögen, zurückgeführt, die in dem oben angegebenen Sinne die Sache in kerniger Sprache so weit feststellen, als es dem Gebiete der Gesetzgebung angemessen ist[3]), wenn sie nicht, wie die älteren deutschen Rechtsquellen [4]), den Weg einschlagen will, einzelne dieser Handlungen speciell mit Strafen zu bedrohen, und sie dadurch zu besonderen Verbrechen zu constituiren. Eine concretere Feststellung vor der Anwendung selber wird es nie weiter bringen können, als zu einer Veranschaulichung dieser Anwendung durch Beispiele. Diese Anwendung dürfte aber in der That von lebenskundigen Layen sicherer gehandhabt werden, als von gelehrten Juristen, und dann richtiger durch jenen einfachen Ausspruch der P. G. O. als durch Beispiele geleitet werden. Es ist dies ein Gebiet, welches in den Wirkungskreis Geschworner hineingezogen werden müßte, wenn ein solches Institut einmal in einer solchen Weise in Deutschland ins Leben treten sollte und könnte, die dem Angeklagten eine solche Beurtheilung seiner That sicherte, wie sie ihm selber zugemuthet werden könnte, und nur da ihn strafte, wo er selber Verbrechen erkennen können [5]). Die Momente, welche in Ansehung einzelner Verbrechen als Anhaltpunkte für die fragliche Gränzbestimmung dienen können, scheinen indeß am zweckmäßigsten unter zwei Hauptgesichtspunkte gebracht zu werden, je nachdem nämlich als Gegenstand der Handlung

---

Zwecke nach zum Schutze jenes Gegenstandes dienen, wie Vorrichtungen welche den Zugang zu demselben sperren, schon eine unmittelbare Richtung auf den Gegenstand selber nimmt.

3) Vgl. Zachariä a. a. O. I. S. 172 ff. A. M. Luden a. a. O. S. 43.

4) Darüber Luden a. a. O. S. 309 ff. Vgl. oben §. 2. Not. 5.

5) Vgl. Eberty's Zeitschr. für volksthümliches Recht u. s. w. Hft. 2. S. 149.

das Daseyn oder die Integrität eines Körpers, oder aber dessen räumliches Verhältniß zu Subjecten sich darstellt.

§. 15.

Bei den auf Vernichtung oder Verletzung von Körpern gerichteten Handlungen geschieht die Ausführung entweder im rein mechanischen Wege, oder durch Mittheilung eines Stoffes von verletzender Kraft. Im erstern Falle ist ein Versuch dann ins Leben getreten, wenn die verletzende mechanische Kraft in der Art in Bewegung gesetzt ist, daß sie ohne weitern Kraftaufwand des Thäters diejenige Wirkung mit sich zu führen geeignet seyn kann, welche das vollendete Verbrechen constituirt; im letztern Falle dann, wenn die Mittheilung des verletzenden Stoffes oder die zu derselben möglicherweise geeignete Thätigkeit in der Art geschehen ist, daß sie dieselbe Geeignetheit besitzen kann. Nur die Möglichkeit einer solchen Geeignetheit der That, nicht deren concrete Wirklichkeit, ist also erforderlich; wohl aber ist es erforderlich, daß Mittel und Gegenstand in der Wirklichkeit so beschaffen sind, daß sie im Falle der Geeignetheit der That selber den verletzenden Erfolg gehabt haben würden [1]. Denn war dies nicht der Fall, so war das Gelingen unmöglich, und es kann daher auch von einem Mißlingen der That keine Rede seyn, sondern nur von Vereitelung einer Absicht. — Wirkliche Geeignetheit der That, nämlich die zum Gelingen erforderliche Quantität, oder den dazu erforderlichen Grad von Kraftaufwand, kann man aber nicht fordern, ohne die Gränze zwischen Versuch nnd Vollendung aufzuheben. Und da dieser Grad immer von den concreten Umständen abhängt, sich also kein absolut normales Maaß dafür feststellen läßt, so kann man auch nicht zwischen einem in abs-

1) Vgl. oben §. 1. Not. 6.

tracto und einem in concreto erforderlichen Grade unterscheiden. Nur in sofern, als ein solcher Grad die Qualität der Thätigkeit bedingt, d. h. auch bei der vollkommensten Geeignetheit, die der Thäter dem von ihm gebrauchten Mittel unter den gegebenen Umständen beilegen könnte, erforderlich seyn würde, um zur Vollendung zu führen, muß er auch beim Versuche vorhanden seyn, weil sonst die „Werke" zur Vollbringung nicht dienstlich seyn „mögen." — Ob dann das Mißlingen sich in der Geringfügigkeit des Kraftaufwandes oder in positiven hindernden Umständen gründet, muß gleichgültig seyn, indem der letztere Fall von dem erstern in Hinsicht auf die Wirksamkeit des Thäters in der That nicht verschieden ist, weil ja auch hier ein größerer Kraftaufwand die hindernden Umstände beseitigen können, sobald das Mittel nur dazu geeignet war. War also der in tödtlicher Absicht [2]) geführte Messerstich nicht tief genug, um den Tod herbeizuführen, sey es weil der Stoß zu schwach oder das Messer zu stumpf, oder weil die Kleidung des Angegriffenen zu stark widerstand: so ist die Tödtung versucht, sobald der Stoß nach einem Theile des Körpers geführt wurde, wo nur überhaupt ein Stich mit dem gebrauchten Messer von tödtlicher Wirkung seyn konnte. Die Tödtung ist versucht, wenn der Stoß den Angegriffenen auch ganz verfehlte, sobald er nur einen Theil des Körpers treffen konnte, der einer tödtlichen Wirkung eines derartigen Stoßes zugänglich war. Wäre dahingegen das Messer so beschaffen gewesen, daß auch der trefflichste Stoß keine Lebensberaubung herbeiführen können, oder wäre er auf einen Theil des Körpers gerichtet gewesen, wo eine Tödtung

---

2) Ob diese Absicht mit Ueberlegung gefaßt war, oder im Affecte, gilt gleich; es kann also auch beim Todtschlage (Zachariä a. a. O. 1. S. 72. gegen Mittermaier N. Archiv IV. S. 18.) einen Versuch geben.

durch einen Messerstich schlechthin unmöglich wäre, so würde eben so wenig ein Versuch vorhanden seyn, als wenn der Stoß nach einem Todten geführt worden wäre. Es ist hier der objective Thatbestand schon aus anderen Gründen mangelhaft, als aus dem des Mißlingens der That. Die Gränzen des Versuches beim Schießen und Schlagen ergeben sich aus diesem Beispiele von selber; und dieselben Merkmale entscheiden, wo nur Körperverletzung beabsichtigt ist [3]). Immer muß die zu einem wirksamen Stoße, Schlage oder Schusse gehörige Art von Thätigkeit geäußert seyn, wenn auch Stoß oder Schlag das Ziel fehlten oder das Schießgewehr versagte. — Entführt der Wind das Giftpulver während des Actes der Mischung; vernichtet ein Zufall die bereits bereitete Mischung: so ist, falls der zu vergiftende oder vergiftete Gegenstand nur in der Meinung des Thäters in einer solchen Beziehung zu der Person steht, deren Vergiftung bezweckt wird, daß er ihr unabhängig von fernerer Thätigkeit des Mischenden zum Genusse dargeboten ist, ein Versuch vorhanden [4]). Dahingegen ist ein solcher nicht hervorgerufen, wenn das Giftpulver in keiner Weise geeignet war, die zur Vollendung erforderliche Verletzung zu bewirken [5]). Bleibt das in einer im Allgemeinen geeigneten Beschaffenheit von der Schwangern genommene Abortivmittel wirkungslos, so daß weder zu frühe Entbindung

---

3) Ueber den Versuch des Verbrechens der schweren Verwundung nach Oesterr. Str. G. B. §. 136, welches nur die Absicht zu beschädigen erfordert, wenn schwere Verwundung erfolgt, aber wenn dieser Erfolg mangelt, ohne die Absicht schwerer Verwundung nicht versucht seyn kann. Menzel a. a. O. IV. S. 122 f.

4) Er erfordert also, daß die giftige Substanz entweder von dem Thäter zum Genusse der zu vergiftenden Person dargeboten ist, oder in einen Stoff gemischt worden ist, den der Thäter bereits zu ihrem Genusse bestimmt hielt.

5) Vgl. oben §. 2. Not. 6.

noch Nachtheil für das Leben des Kindes Folge davon ist, so ist ebenfalls Versuch vorhanden [6]), nicht aber wenn das Mittel absolut untauglich, oder es bloß bereitet [7]) und noch nicht genommen war. — Würde das Zünden des dem Gegenstande der Erregung des Feuerausbruches zugeführten Materials unterbleiben, weil es während der Zuführung erloschen oder eine abweichende Richtung durch Fehlwurf oder sonstige Umstände bekommen, so wäre die Brandstiftung versucht [8]), nicht aber wenn dieser Gegenstand seiner Beschaffenheit wegen in der Wirklichkeit gar keine Empfänglichkeit für Feuer haben könnte, wie z. B. Stein. Wer zur Verursachung einer Ueberschwemmung [9]) einen Damm durchsticht oder eine Schleuse öffnet, aber seinen Zweck verfehlte, indem der Wasserstand plötzlich fiel, hat das Verbrechen versucht, nicht aber dann, wenn der damalige Wasserstand gar nicht der Art war, um einen Gegenstand zu erreichen, der für die schädliche Einwirkung des Wassers empfänglich war, und auch noch keine Ursache existirte, welche einen solchen Wasserstand herbeiführen konnte. So lange dahingegen die verletzende Richtung der That, auch bei völliger Geeignetheit der bereits aufgewendeten Thätigkeit, noch allein in der Absicht des Thäters liegt, so daß bloße Aenderung seiner Absicht allein zur Abwendung jener Richtung genügt, ist auch noch kein Versuch, kein mißlungenes Verbrechen, vorhanden. Dar-

6) Bad. Str. G. B. Art. 253.

7) A. M. Mittermaier N. Archiv II. S. 607.

8) Selbst dann, wenn er dem Gegenstande der Brandlegung bereits leicht entzündbare Stoffe genähert, das Zündmittel demselben zuzuführen begonnen hätte, und nun von einem Dritten zurückgehalten würde, wäre nur ein Versuch der Brandstiftung vorhanden. Menzel a. a. O. IV. S. 126.

9) Die freilich nur particularrechtlich (vgl. Feuerbach Lehrb. §. 369.) ein besonderes Verbrechen bildet. So Badisches Str. G. B. §. 563 ff.

nach darf also das Ankaufen, Bereiten, oder sonstige Verschaffen von Waffen oder Gift [10]), die Annäherung der Person an den Gegenstand der That [11]), die Erspähung und Abwartung der Gelegenheit zur Ausführung derselben, nicht als Versuch betrachtet werden. Denn dadurch hat der Thäter noch die eigne Sphäre nicht verlassen und die zu verletzende nicht betreten, er hat nur sich selber für die verletzende Thätigkeit vorbereitet, und sein Verhalten steht noch immer zwischen seiner verletzenden Absicht und der verletzenden That als der von ihm beherrschte Wendepunkt zwischen Beschluß und Ausführung. Wenn man demnach das bloße Auflauern mit Schießgewehr im Hause des Bedroheten [12]), das Hinbegeben mit Waffen an den Ort der beabsichtigten Tödtung [13]), das Anlegen des Schießgewehrs auf eine Person die man tödten oder verletzen will, als Versuch betrachtet hat [14]); ferner das Hinbegeben an den Ort der Brandstiftung [15]), das Hintragen der brennbaren Materialien [16]) und Feueranschlagen zum Zwecke derselben [17]) dahin gezählt, und das Aufsuchen der Person um sie zum Zweikampf herauszufordern als Versuch der, par-

10) Wenn nämlich nicht schon das consilium strafbar ist. Vgl. oben §. 2. Not. 3.

11) Daß das Hinbegeben an den Ort der That nur Vorbereitung sey, wird auch anerkannt von Zachariä a. a. O. I. S. 202. Not. 1; gegen Mittermaier im N. Archiv II. S. 607. Bauer Anm. zum Hannöv. Entw. I. S. 377. II. S. 106.

12) Mittermaier N. Archiv II. S. 605.

13) Ebendas. S. 607.

14) Zachariä a. a. O. I. S. 202.

15) Weiß Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen I. S. 136. 137, der das Hinbegeben an den Ort des Verbrechens zur Begehung desselben schlechthin als Versuch betrachtet.

16) Mittermaier a. a. O.

17) Zachariä a. a. O.

ticularechtlich mit der Strafe des Duells bedroheten, Herausforderung [18]) angesehen hat; so entspricht das keineswegs einen Strafsysteme, nach welchem der Versuch von der Vorbereitung zu unterscheiden ist. Dasselbe gilt von der Verheimlichung der Schwangerschaft in Beziehung auf den Kindesmord [19]). Man darf insbesondere auch nicht die Lage, welche eine Nothwehr rechtfertigen würde, mit derjenigen identificiren, wo ein Versuch vorhanden ist. Denn bei der Nothwehr kommt es nur darauf an, ob der Bedrohete das Angriffsmittel für geeignet und eine Abwehr erforderlich halten, nicht aber ob der Bedrohende sich Erfolg versprechen konnte, und es genügt zur Nothwehr schon die Erkennbarkeit des Bevorstehens eines Angriffes, wie sie z. B. durch das Anlegen eines, selbst mit Wissen des Bedrohenden ungeladenen, Schießgewehrs gegeben seyn würde.

§. 16.

Bei Verletzungen, die in Herbeiführung einer Hülflosigkeit oder einer Unterwürfigkeit unter die Gewalt eines Andern bestehen, tritt der Versuch ins Leben, sobald der Verbindung zwischen dem Hülfsbedürftigen und seiner Hülfsquelle, oder der freien Thätigkeit des zu unterwerfenden Subjects, ein Hinderniß entgegengestellt wird; ohne daß jedoch die Wirksamkeit eines Widerstandes dagegen von Seiten des Hülfsbedürftigen oder des Vergewaltigten nach dem Maaße seiner Kräfte ausgeschlossen ist. Die Mutter, die ihr Kind aussetzen will [1]), beginnt die

18) Menzel a. a. O. IV. S. 124.

19) Zachariä a. a. O. I. S. 204. Not. 1.

1) Gewöhnlich betrachtet man das Kind als den Gegenstand der verbrecherischen Handlung (Feuerbach a. a. O. §. 390 Bauer a. a. O. §. 176.) und das Verbrechen als gegen das Leben gerichtet (Bauer a. a. O.)

Herstellung des objectiven Thatbestandes in dem Augenblicke, wo sie sich unter Umständen, die der Absicht einer Rückkehr widerstreiten, von dem Kinde durch Erweiterung der räumlichen Sphäre zwischen ihr und demselben zu entfernen beginnt [2]), hat aber das Verbrechen noch nicht vollendet, so lange das Kind noch durch Nachlaufen, oder durch Geschrei, welches Dritten die verlassende Mutter kenntlich macht, die Verbindung mit derselben aufrecht erhalten kann [3]). Bei widerrechtlicher Gefangenhaltung und Entführung [4]) beginnt der Versuch, sobald dem bedrohten Subjecte ein Hinderniß entgegengesetzt wird, eine in der Gewalt des Bedrohenden befindliche Oertlichkeit zu

---

2) Das Hintragen des Kindes an den Ort, wo das Verbrechen vor sich gehen soll, ist noch kein (A. M. Mittermaier N. Archiv II. S. 607.) Versuch. (Mittermaier N. Archiv IV. S. 17.); und die Einwendungen dagegen bei Zachariä a. a. O. S. 70 f. widerlegen diese Ansicht nicht. Daß es aber überall keinen Versuch der Kinderaussetzung gebe (Mittermaier a. a. O.), folgt daraus noch nicht.

3) Als der Gegenstand der verbrecherischen Handlung wird am richtigsten der Zustand der thatsächlichen Möglichkeit der Hülfserlangung von der zur Hülfe verpflichteten Person, sey es auch durch Vermittelung richterlichen Zwanges, betrachtet werden. Damit stimmt es überein, wenn man zu dem Verbrechen die Absicht fordert, sich der Ernährung des Kindes zu entziehen (Feuerbach Lehrb. §. 389. Bauer Lehrb. §. 175. Nr. II) oder sich von der Sorge für dasselbe zu befreien (Badisches Str. G. B. S. 260 ff., welches aber auch Gefährdung für Leben, Gesundheit oder Status erfordert, und das Verbrechen auch an anderen Hülfsbedürftigen begehen läßt). — Zuweilen wird es unter die Tödtung gestellt (Preuß. Land-R. §. 696. Bair. Str. G. B. §. 174.)

4) Nach röm. Rechte erscheint erst das wirkliche rapere mit Strafe bedroht (L. 54. C. de episc. et cler. 1. 3. L. un. C. de raptu virg. 9. 25. Zachariä a. a. O. I. S. 132.). — Das „*attentare* tantum jungendi causa matrimonii sacratissimas virgines" (volentes vel invitas) in L. 5. C. de episc. et cler. (c. 2. C. Th. de raptu virg. 9. 25.) ist offenbar keine eigentliche Entführung, sondern ein besonderes Verbrechen an Klosterjungfrauen.

verlassen [5]), oder auch bei der Entführung mit dem Willen der Entführten denjenigen, welche ein Recht haben den Aufenthalt der Entführten in einer gewissen Oertlichkeit zu verlangen, ein Hinderniß in der Realisirung dieses Rechts entgegengesetzt wird, sey es nun durch wirkliche Entfernung oder durch abwehrende Mittel, die von dem Entführer angewendet werden [6]); während das Verbrechen erst vollendet ist, wenn das Hinderniß den Kräften des Bedrohten oder Behinderten ohne zufällige begünstigende Umstände unbesiegbar ist [7]). In gleicher Weise muß der Versuch bei Verbrechen beurtheilt werden, deren Verübung in einer Bemächtigung von körperlichen Dingen besteht. Er ist existent, sobald dem Inhaber des Gegenstandes Hindernisse in der Beherrschung desselben entgegengesetzt oder die Schutzwehren, denen er den Gegenstand anvertraut hat, der mechanischen Einwirkung des Bemächtigers durch diesen unterworfen worden sind; während das Verbrechen erst vollendet ist, wenn der Zustand der Herrschaft des Inhabers über den Gegenstand durch die Bemächtigung des Thäters aufgehoben worden [8]). Sobald der Nothzüchtiger dem bedrohten Frauenzimmer ein mechanisches Hinderniß, ihren Körper seiner Bemächtigung zu

5) Das Graben einer Grube auf dem gewöhnlichen Spaziergange einer Person, um sie zu fangen, würde den Charakter eines Versuchs (Menzel a. a. O. III. S. 121.) in gleicher Bedeutung haben.

6) Die Vorbereitungen zu diesen Hindernissen können indeß als Versuch (Menzel a. a. O. III. S. 122.) nicht betrachtet werden.

7) Auch das das Verbrechen der Entführung vollendende Hinwegführen (Menzel a. a. O. III. S. 122.) ist doch erst dann vorhanden, wenn eine solche Lage eingetreten ist, nicht aber wenn der Vater den Entführer seiner Tochter etwa bei hellem Tage noch vor seiner Hausthür beim Einsteigen in den Wagen ertappte.

8) In Gemäßheit der s. g. Apprehensionstheorie beim Diebstahl.

entziehen, unter Kundgebung der Absicht des Beischlafes, entgegensetzt, welches durch bloßes Sträuben nicht zu beseitigen steht, ist die Nothzucht versucht. Raub oder Diebstahl ist versucht, sobald der Räuber oder Dieb den Act der Bemächtigung begonnen hat, sey es durch ein Widerstand drohendes Handanlegen an den Gegenstand der Entfremdung; oder durch Drohungen gegen den Inhaber unter Kundgebung der Absicht der Entfremdung; oder durch unmittelbare Gewaltanwendung gegen ihn oder die zu seinem Schutze dienenden Personen [9]), oder durch eine wider seinen Willen vorgenommene Beseitigung oder Nichtachtung der seinen Schutz bezweckenden localen Verhältnisse [10]), unter gleicher Kundgebung in Ansehung der durch diese Personen oder Verhältnisse geschützten Gegenstände [11]); oder beim Diebstahl durch Einbruch oder Einsteigen durch Gewaltanwendung gegen das den Gegenstand der Entfremdung einschließende Gebäude zur Bewirkung eines der Beschaffenheit desselben nach prohibirten Eindringens in dasselbe [12]). — In jedem dieser Fälle ist die Gränze der Bereitung eines Mittels zur Bemächtigung überschrit-

---

9) Z. B. gegen die Bedeckung oder Dienerschaft des zu beraubenden Reisenden.

10) Z. B. durch nächtliches Eindringen in seine Wohnung.

11) Nächtliches Eindringen in die Wohnung einer Person, mit bewaffneter Hand, um sie zur Angabe ihrer Güter zu zwingen und sich demnächst derselben zu bemächtigen, was Menzel a. a. O. IV. S. 131. als einen Versuch des Raubes aufstellt, würde nur dann als ein solcher betrachtet werden können, wenn die Güter, worauf die Bemächtigung gerichtet wäre, sich in derselben Räumlichkeit befänden. Sonst wäre es nur Vorbereitung.

12) Vgl. v. Seckendorf im N. Archiv d. Crim. R. II. S. 348 ff. Das Einbrechen und Einsteigen, als Bestandtheil der verbrecherischen That, nimmt eine ganz andere Bedeutung an, als Handlungen welche nur Voraussetzungen für dieselbe herbeiführen, wie z. B. die Verheimlichung der Schwangerschaft beim Kindermord. Vgl. oben §. 15. Not. 19.

ten [13]). Bei allen diesen Handlungen, welche den Charakter der Gewaltthat an sich tragen, nämlich wenigstens in sofern gewaltsam sind, als jede Handlung wider den an den Tag gelegten Willen eines Andern Gewaltthat ist [14]), aber ungeachtet dieses Charakters dennoch die Kräfte des Vergewaltigten nicht erreichten, hängt denn die Frage: in wiefern in der That schon eine Vergewaltigung begonnen, sehr oft von dem Maaße der Kräfte ab, welche dem Vergewaltiger oder dem Vergewaltigten zu Gebote standen [15]). Dieses Moment fällt beim nicht gewaltsamen Diebstahl und der Unterschlagung dahingegen hinweg, und hier wird selten der Fall eintreten, daß sich Versuch von der Vollendung unterscheiden läßt, indem hier zwischen dem Entfremdenden und dem Gegenstande gar keine abwehrende Kraft steht. Allein es kann unter Umständen doch die Ausführung der Apprehension oder Contrectation eine gewisse Zeitdauer erfordern, z. B. wenn der Dieb sich einen nur dem Besitzer zustehenden Zugang zu dem Gegenstande der Entwendung zum Zwecke gelegentlicher Vollendung der dadurch begonnenen Bemächtigung eröffnet [16]), einem

13) Denn sobald die die Bemächtigung bezweckende Handlung ihre Richtung gegen die Schutzwehren des Gegenstandes genommen, ist sie bereits unmittelbar auf ihn selber gerichtet.

14) L. 1. §. 5 — 9. D. quod vi aut clam 43. 24.

15) Denn eine bedrohliche Thätigkeit wird man nur da annehmen, wo die Möglichkeit einer dem ernsten Willen des Bedroheten widerstreitenden Thätigkeit gegeben ist.

16) So wenn ein Diener die Schlüssel seines Herrn, der, nachdem er zum Antritte einer Reise seine Behälter verschlossen, sich einen Augenblick unter Zurücklassung der Schlüssel entfernte, zur Wiedereröffnung der Behälter benutzt, damit er, wenn sein Herr in der Meinung des Verschlossenseyns der Behälter abgereiset seyn wird, die Entwendung vollenden kann. Weiß a. a. O. I. S. 150. Dahingegen würde das Ausspähen einer Gelegenheit zum Diebstahl immer nur Vorbereitung seyn können (Jenull österr. Crim. R. I. S. 195 ff), weil damit der Act der Bemächtigung noch nicht begonnen

Eigenthümer sein Vieh von seinem Grundstücke wegtreibt, der Unterschlagende den Gegenstand verpackt ehe er ihn den Blicken Anderer unzugänglich macht oder ihn in andere Hände bringt [17]), und sich dadurch in die Lage setzt, sein Innehaben wirksam läugnen zu können [18]). Hier muß dann mit dem Anfange jener Ausführung, sofern sie bereits den diebischen Charakter an sich trägt, der Versuch als vorhanden betrachtet werden, während die Vollendung erst mit der wirklichen Besitzentziehung gegeben ist [19]). Den diebischen Charakter trägt aber die Bemächtigung immer in sich, wenn sie nicht von Umständen begleitet ist, welche ihn ausschließen [20]). In wiefern aber solche Umstände vorhanden sind, das muß wiederum von der Lage des einzelnen Falles abhängen, eben so wie davon es abhängig bleibt, ob eine ihr Kind verlassende Mutter die Absicht der Rückkehr hatte. Wird indeß, wie es particularrechtlich [21]) eintritt, ohne einen Bemächtigungsact durch bloßes Vorenthalten eines anvertraueten Gutes, also

ist. Dasselbe muß auch von dem bloßen Hineingehen mit den Werkzeugen des Diebstahls in das Haus, wo er verübt werden soll, gelten; was Mittermaier a. a. O. II. S. 607. bereits zum Versuche zählt.

17) Das Anbieten zum Verkauf an einen Andern betrachtet hier als Versuch: Zachariä a. a. O. S. 72. 73, während Mittermaier a. a. O. IV. S. 18. einen Versuch der Unterschlagung läugnet.

18) Das furtum an in eigner Detention befindlichen Gegenständen erfordert wesentlich eine solche contrectatio oder ein e loco movere, wodurch dem Possessor der Besitz entzogen wird; jedoch immer mit Beziehung auf das Abläugnen. L. 3. §. 18. D. de adquir. v. amitt. poss. 41. 2. L. 67. pr. D. de furtis 47. 2.

19) „Qui furti faciendi causa conclave intravit (effregit vel aperuit, sed nihil abstulit) nondum fur est.“ L. 21. §. 7. D. de furtis 47. 1. Paul. R. S. II. 31. §. 35.

20) Vgl. oben §. 3. Not. 16.

21) Oesterr. G. B. §. 161.

durch widerrechtliche Fortsetzung des Innehabens desselben, ein Verbrechen der Veruntreuung begangen, so ist ein Versuch desselben nicht möglich, weil mit dem bloßen absichtlichen Unterlassen der Herausgabe zur bestimmten Zeit, oder auf geschehene Aufforderung zur Herausgabe, das Verbrechen bereits vollendet ist, und ein Unterlassen nicht versucht werden kann [22]. Tritt ein absichtliches wahrheitswidriges Läugnen der Verbindlichkeit zur Herausgabe oder des Innehabens hinzu, so kann die Handlung gemeinrechtlich nur als Versuch der Unterschlagung betrachtet werden [23].

22) Menzel a. a. O. S. 127 ff.

23) Eine Vermuthung der absichtlichen die Unterschlagung bedingenden Zueignung findet darin, so wie in einem Verbrauche oder einer Veräußerung des Gutes unter Umständen wo der Veruntreuende keine Mittel zum Ersatze oder Sicherheit der rechtzeitigen Erlangung derselben oder der Wiedererlangung des Gutes hatte, das Bad. Str. G. B. §. 401. 402. — Nach anderen Gesetzen (Preuß. Land-R. §. 1354. Bair. Str. G. B. Art. 230.) wird die Unterschlagung eben dadurch vollendet.

IX.

Ueber den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens in Europa und Nordamerika, über das Ergebniß der Erfahrungen und über die Forderungen, welche an den Gesetzgeber in Bezug auf die Strafanstalten gestellt werden können.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. I. im vorigen Hefte.)

Wir haben bereits im vorigen Hefte bemerkt, daß die französische Regierung den Entwurf des Gefängnißgesetzes von 1843 auch den Präfekten zur Begutachtung vorlegte. Auch diese Gutachten sind gedruckt; sie enthalten weniger Bedeutendes als die der Gerichtshöfe; zu den praktisch brauchbaren Bemerkungen rechnen wir die (p. 20.) über die Bildung der Commission de surveillance; p. 33. über die Schwierigkeit der Durchführung der Vorschrift, daß die in der Untersuchungshaft Befindlichen Besuche ihrer Verwandten und Verschwägerten erhalten dürfen (mehrere Präfekten erkennen solche Besuche als sehr bedenklich); p. 62. über die Befugniß, die in Gemäßheit der art. 66 u. 69. des Code pénal gefangenen jugendlichen Sträflinge in die Lehre zu Landleuten und Handwerkern zu geben;

p. 80. über die Vorschrift, daß wöchentlich wenigstens einmal jeder Strafgefangene vom Arzt und von dem Lehrer, und in den durch das Reglement bestimmten Stunden von den Geistlichen und den Mitgliedern der Aufsichtscommission besucht werden soll. — Sehr gegründet ist die Besorgniß mehrerer Präfekten, daß die von dem Gesetzgeber gehegte Erwartung von dem Einflusse der erwähnten Commission auf einer Täuschung beruht; da in den kleinen Städten es an Personen fehlen wird, welche die nöthige Muße haben, um wirksam sich dem schwierigen Geschäfte zu widmen. Gegen die Bestimmung, daß die wegen politischer Verbrechen Verurtheilten nicht dem System der absoluten Isolirung unterworfen werden sollen, erklären sich, wie wir glauben mit Recht, viele Präfekten (p. 88.). Die Regierung ernannte zur wiederholten Prüfung des Entwurfs eine neue Commission; aus ihren Arbeiten ging der am 25. Januar 1847 der Pairskammer vorgelegte Entwurf des Gesetzes über die Gefängnisse hervor. Die Motive bringen wieder die bekannten Gründe über die Trefflichkeit des Isolirungssystems, das, wie die Motive behaupten, weit milder als in Amerika durchgeführt werden soll, daß jeder Gefangene jeden Tag Bewegung im Freien und vielfache Besuche von Personen erhält, deren Einwirkung auf ihn keine verderbliche seyn kann. Man hebt besonders hervor, daß man an dem Strafsystem des Code und den dort vorkommenden Abstufungen nichts abändern wolle, (wir sagen: leider! denn darüber kann kein Zweifel seyn, daß wenn der Gesetzgeber das Pönitentiarsystem einführen will, die alte auf ein entgegengesetztes System im Code von 1810 gebaute Strafenabstufung und das System der entehrenden Strafen nicht paßt). An die Stelle der Galeerenstrafe (bagnes) sollen die („maisons des travaux forcés") treten, und zwar sollen diese Strafanstalten in Algier errichtet werden.

Nach den Motiven (p. 24.) ist kein Zweifel mehr, daß die bagnes unterdrückt werden müssen, um so mehr als das Budget der Marine jährlich fast 1 Million Franken Verlust durch die bagnes erleidet. Es wird zugestanden, daß die Sträflinge der bagnes die Anstalten der Marine durch die häufigen Versuche der Entweichung und durch die dazu angewendete Anzündung sehr bedrohen, und daß die auf den bagnes zusammen lebenden Sträflinge sich wechselseitig einander verderben. Die Motive geben an, daß der im Entwurfe von 1844 enthaltene Vorschlag, nach welchem nach Ablauf von 10 Jahren die Sträflinge außer den Continent deportirt werden sollen, erhebliche Gegner gefunden hat; man fragte: was diese Transportation bedeuten, ob sie in freier Arbeit, wie in den englischen Colonieen, bestehen soll? Will man durch die Transportation eine Milderung einführen, so muß man ein solches System verwerfen; soll es eine Erschwerung der Strafe seyn, so fragt man: warum die Strafe in zwei Abschnitte getheilt wird? — Die Motive erklären, daß man auch mit dem Vorschlage, nach welchem nach 10 Jahren einsamer Einsperrung die Sträflinge zur gemeinschaftlichen Arbeit vereinigt werden sollten, sich nicht befreunden konnte, weil man dabei die Sträflinge der wechselseitigen Ansteckung wieder überlassen und die Gefahr, die man vermeiden wollte, wieder hervortreten lassen würde. Auf diese Art kam die Regierung zum Vorschlage, daß für die zur Zwangsarbeit Verurtheilten eine gleichförmige Strafe für die ganze Strafzeit, gebaut auf absolute Isolirung, eingeführt werden sollte. Man glaubte die Verlängerung der Isolirung unbedenklich nach dem System des Entwurfs vorschlagen zu dürfen, weil dies von dem in Philadelphia bestehenden wesentlich verschieden sey, indem nach dem Entwurfe der Sträfling nicht völlig isolirt, sondern nur von verderblicher Gesellschaft abgeschnitten wäre, vielfache Verbin-

dung mit Personen habe, die auf seine Besserung wohlthätig wirken können. Der gemeinschaftliche Unterricht, die gemeinschaftliche Theilnahme am Gottesdienst, jedoch so, daß die Gefangenen sich einander nicht sehen, bewirke, wie die Motive sagen, einen gemeinschaftlichen Eindruck auf alle Mitgefangenen, und mildere die Isolirung. Die Erfahrung von La Roquette spreche günstig für die Isolirung, und lehre, daß nur die erste in der Isolirung zugebrachte Zeit die peinlichste sey und ihre Härte durch die Dauer sich mildere. Wenn die Besorgnisse wegen der Nachtheile der Isolirung gegründet wären, so würde es ja unmöglich seyn, eine gewisse Zeit zu bestimmen, bis zu welcher die Isolirung dauern dürfte. Die physische Untergrabung der Gesundheit, die Störung der geistigen Kräfte äußerten sich bei Einigen früher als bei Anderen: wo wäre nun eine gemeinschaftliche Regel für die individuellen Anlagen zu finden? Die Motive versichern auch, daß jene Besorgnisse übertrieben seyen, und die Verfasser des Entwurfs trösten sich und Andere durch die Erklärung, daß ja die lebenslängliche Zwangsarbeit unmittelbar an die Todesstrafe gränze, und daher die Strafe sehr schwer seyn müsse. (Wir finden in dieser Erklärung einen sonderbaren Sprung.) Am Schlusse folgt der alte Trost, daß ja durch die Begnadigung wieder Alles gut gemacht werden könne. Der Einwendung, daß nach Einführung der absoluten Isolirung für alle Sträflinge die Unterscheidung der verschiedenen Strafarten des Code vernichtet würde, wird dadurch vorgebeugt, daß durch die in den verschiedenen Strafanstalten einzuführende größere oder geringere Strenge der Behandlung Abstufungen der Strafen gebildet würden, und daß die Zwangsarbeitshäuser statt der bagnes in Algier errichtet werden sollten, wodurch (wie man meint) eine größere Abschreckung eintreten und auf die Einbildungskraft des Publikums und auf den

Geist der Verurtheilten kräftig wirken wird. Die weiblichen Sträflinge werden nach dem Entwurfe nicht nach Algier gebracht, sondern in eigenen Strafanstalten nach dem Isolirungssysteme bewahrt. — Die nach art. 67 und 69. des Code pénal verurtheilten jugendlichen Sträflinge werden nach dem Entwurf art. 26. in besonderen Anstalten nach dem absoluten Isolirungssysteme verwahrt, oder in ein maison de correction, jedoch in eine abgesonderte Abtheilung gebracht. Die nach art. 69. des Code verurtheilten und nach art. 66. verwahrten Kinder können in die Lehre zu Landleuten oder Handwerkern oder in besondere Anstalten gebracht werden.

Die in der Pairskammer zur Prüfung des Entwurfs niedergesetzte Commission zögerte nicht, den Entwurf einer gewissenhaften Prüfung zu unterwerfen. Am 24. April d. J. wurde der Bericht der Kammer vorgelegt. Der Berichterstatter ist der als Schriftsteller und Praktiker ausgezeichnete Berenger. Der Verfasser sendet eine Einleitung über die Aufgabe der bürgerlichen Gesellschaft in Bezug auf die Verminderung der Verbrechen und eine geschichtliche Betrachtung über den Gang der französischen Strafgesetzgebung; er erinnert an die in England, Amerika und in den Niederlanden gemachten Versuche der Gefängnißverbesserung, an den Sieg der Ansichten über das Pönitentiarsystem, und an den Ausspruch der Frankfurter Versammlung von 1846. Berenger spricht dann aus, daß die Strafe bisher unter dem Gesichtspunkte der Züchtigung und der Abschreckung aufgefaßt, daß erst später als wesentlich auch das Element der Besserung erkannt worden sey, daß die drei Merkmale in ihrer Vereinigung zu einem guten Strafensystem gehören, daß aber die Berücksichtigung des Interesse der Besserung nicht die Forderung der zwei ersten Merkmale gefährden

oder schwächen dürfe. Die Hauptrücksicht muß nach Berenger die seyn, den Nachtheil, welchen die bürgerliche Gesellschaft durch das Verbrechen gelitten hat, wieder auszugleichen. Der Bericht weist nun nach, daß die französische Gesetzgebung seit 1819 Vieles in dieser Beziehung gethan; aber unvollkommen gewirkt hat; insbesondere konnte die Vorschrift des Zwangs des Stillschweigens nur nachtheilige Wirkungen haben. Der Zustand der Verbrechen ist zwar im Allgemeinen nicht so beunruhigend, als manche Personen glauben, im Wesentlichen bleibt die Zahl der sogenannten crimes gleichförmig dieselbe; die Widersetzungen gegen die Beamten und die öffentliche Macht nehmen ab (von 1831—36 war die Durchschnittszahl 382, von 1842—44 nur mehr 106.). Dagegen nehmen die Verbrechen, welche die weitere Ausdehnung der socialen Kräfte in ihrem Gefolge hat, zu, z. B. die Fälschungen, die von 403 (in den Jahren von 1826 bis 1830) auf 643 in den letzten Jahren sich erhoben; die Falschmünzung stieg von 46 auf 145. Am traurigsten zeigt sich die Vermehrung der Verbrechen, welche die Folge entarteter Sinnlichkeit (beklagenswerthe Folgen einer schamlosen Literatur) sind; die gewaltthätigen Angriffe auf die Schamhaftigkeit der Kinder vermehrten sich von 139 auf 406. Die Zahl der Verbrechen gegen das Leben der Menschen ist sich im Wesentlichen gleich geblieben, und selbst in den letzten Jahren etwas gesunken (von 714 in d. J. 1836 bis 1840 auf 633 im J. 1844). Unter den Verbrechen wider das Eigenthum findet man, daß die qualificirten Diebstähle eher sich verminderten (von 3296 auf 2507, was sich nach Berenger daraus erklären mag, daß die Gerichtshöfe geneigt sind, Diebstähle, die eigentlich vor die Assisen gehörten, an die correctionellen Gerichte zu weisen); die einfachen Diebstähle dagegen vermehrten sich und stiegen von 12576 in den Jahren

1826 bis 1830 auf 26759 im J. 1844. Am meisten haben sich die correctionellen Vergehen vermehrt, und zwar von 51017 im J. 1825 auf 97011 im J. 1844. — Vorzüglich traurig ist die Vermehrung der Rückfälligen, so daß man bei den crimes 25 Rückfällige auf 100 Angeklagte rechnen kann, und zwar so, daß die größte Zahl solche bildet, welche das erstemal keine Zwangsarbeit oder Zuchthaus, sondern nur correctionelles Gefängniß erlitten haben. Bei den wegen délits Angeschuldigten ist die Zahl der Rückfälligen noch größer (15 von 100). Es ergiebt sich auch, daß nach amtlichen Erkundigungen in den Tabellen sehr viele nicht als rückfällig erscheinen, während sie doch schon vorher Strafe erlitten, indem sie erst später in den Strafanstalten als bekannte Verbrecher erkannt werden. Aus den dem Berichte beigefügten sehr interessanten Tabellen zeigt sich, daß am 1. Januar 1846 von 13583 männlichen Sträflingen 4537 Rückfällige waren, die als solche von den Gerichten anerkannt waren, und 1138 solche, bei denen erst später die Eigenschaft der Rückfälligkeit herauskam. Es giebt Strafanstalten in Frankreich, welche das traurige Privilegium haben, daß 2/3 und selbst 3/4 ihrer Bevölkerung Rückfällige sind, (z. B. in dem maison centrale de Melun, wo von 1088 Sträflingen 745 rückfällig sind). Das Traurige ist, daß alle theilweisen Verbesserungen der Gefängnisse in dem letzten Jahre, z. B. Einführung des Stillschweigens, keinen gedeihlichen Erfolg hatten. Der Bericht zeigt, daß insbesondere das Gesetz des Stillschweigens nach der Erfahrung die beständigen Verabredungen der Gefangenen und den Bruch des Verbots zur Folge hatten.

Schauderhaft sind auch die aus den beigefügten Tabellen sich ergebenden Sterblichkeitsverhältnisse in den Strafanstalten Frankreichs. Während man in Frankreich rechnet, daß unter der freien Bevölkerung 1 auf 41

kommt, ist bei den männlichen Sträflingen das Verhältniß 1 auf 13, 17, und bei den Weibern 1 auf 14, 94. Es giebt Strafanstalten, in welchen 1 Todesfall auf 6 (z. B. in Eysses), auf 7 (in Fontevrault) trifft.

Auch die Seelenstörungen sind häufig. Während man unter der freien Bevölkerung 2 auf 1000 Personen rechnet, treffen in den französischen Strafanstalten 13 unter den Männern, 36 unter den Weibern auf 1000. Die Regierung sah unter solchen Umständen keinen andern Ausweg, als den der Einführung des Isolirungssystems. Der Bericht schildert (p. 35.) mit lebhaften Farben die wohlthätigen Folgen der Einsamkeit auf die Moralität des Menschen (wie uns scheint ist hier das, was unter besonderen günstigen Voraussetzungen eintritt, zur Regel gemacht), und widerlegt die Einwendungen, daß bei isolirt gehaltenen Sträflingen die Arbeit in der Zelle sich nicht so leicht durchführen und der Unterricht nicht so gut ertheilen lasse. Die Erfahrung von La Roquette wird besonders als Grund der Widerlegung benutzt. Es wird hervorgehoben, daß ja keine absolute Isolirung vorliege, indem der Sträfling vielfach Besuche wohlthätiger Menschen erhalte, daß er eine gesunde Zelle bewohne, in freier Luft Bewegung habe. Um den Vorwurf zu zerstören, daß nach dem Isolirungssystem die Zahl der Seelenstörungen sich vermehre, führt der Bericht die unseren Lesern aus unseren früheren Mittheilungen schon bekannten Ergebnisse der Erfahrung von den nordamerikanischen Strafanstalten an, beruft sich auf die günstigen Ergebnisse des Genfer Gefängnisses, das auf absolute Isolirung gebaut ist, und auf die günstigen Erfahrungen von La Roquette, wo die Zahl der Todesfälle von 40 (auf 500 Sträflinge) in den ersten Jahren zuletzt auf 12, und in den ersten 3 Monaten im J. 1847 auf 3 herabsank. Als Beleg der wohlthätigen moralischen Wirkungen der Isolirung wird wieder La

Roquette angeführt, wo seit der Einführung der Isolirung die Zahl der Rückfälligen von 14 (nach dem früheren System von 100) auf 7 herabsank. Auf den Grund des Zeugnisses des Arztes Lelut wird auch bemerkt, daß selbst von lange Zeit hindurch dauernder Isolirung kein Nachtheil zu besorgen sey. (Wir werden unten nachweisen, daß gegen die Beobachtungen von Lelut wichtige Einwendungen von anderen Aerzten erhoben wurden.)

Die Mehrheit der Commission (3 waren abweichender Ansicht und wollten nicht die Isolirung generalisiren) sprach sich darnach für die Annahme des Systems, das der Entwurf vorschlägt, aus. In Bezug auf die Anwendung auf die correctionell Verurtheilten (bei denen ja das Maximum nur 5 Jahre beträgt) war die Commission einstimmig. In Bezug auf die Zwangsarbeitshäuser, welche nach dem Entwurf an die Stelle der bagnes treten sollen, erklärt sich die Commission gegen den Vorschlag, daß ausschließlich diese Anstalten in Algier errichtet werden sollten; sie will der Regierung freie Hand lassen, solche Anstalten auf den französischen Küsten, oder auf Inseln, oder in Algier anzulegen.

In Bezug auf die Arbeit der isolirt verwahrten Sträflinge zeigt der Bericht, daß es leicht ist, in der Anstalt Werke in Bewegung zu setzen (z. B. um Wasser zu pumpen, Bretter zu sägen, Mühlen im Gang zu halten), wozu die Kräfte der Gefangenen unter der Aufsicht eines Werkmeisters benutzt werden könnten. (100 Menschen stehen nach der Erfahrung der Kraft von 10 Pferden gleich). Die Muskelkräfte der Gefangenen würden dadurch gehörig geübt.

Die Minderheit der Commission macht gegen die Vorschläge des Entwurfs geltend, daß darnach die im Code bestehende Abstufung der Strafarten die Scheidung

der infamirenden Strafen von der anderer vernichtet würde, wenn in allen Anstalten das gleiche System der Isolirung eingeführt wäre; die Majorität legt (wie wir glauben, aber aus anderen Gründen als die Commission,) keinen Werth auf jenen Einwurf; sie zeigt, daß die Strafe in den bagnes gar nicht drückend sey, die neu einzuführende Strafe dagegen weit empfindlicher wäre; sie erklärt sich gegen den Vorschlag der Commission, die Strafe der bagnes strenger zu machen (etwa mit Anwendung körperlicher Züchtigung). Die Mehrheit glaubt, daß die öffentliche Meinung in Frankreich bald die repressive Kraft des neuen Systems und der angeführten Abstufungen erkennen wird. — Für die Aufhebung der bagnes haben sich 20 Appellhöfe, die zum Gutachten aufgefordert waren, ausgesprochen.

Die Commission erklärt sich über den im Gesetzesentwurfe von 1843 gemachten Vorschlag, daß nach 12 Jahren einsamer Einsperrung der Verurtheilte nur zur Nachtzeit isolirt, am Tage mit Andern arbeiten sollte. Nach dem Berichte war dieser Vorschlag durch die damals noch herrschende Meinung veranlaßt, daß die absolute Isolirung, wenn sie über eine gewisse Reihe von Jahren dauerte, der Gesundheit nachtheilig werden könnte. Die Deputirtenkammer wählte als Ausweg die Deportation des Sträflings nach Ablauf der 12 Jahre; allein eine genauere Prüfung bewog die Regierung, die einsame Einsperrung für die ganze Dauer der Strafzeit, jedoch für die zur Zwangsarbeit Verurtheilten in Strafanstalten in Algier einzuführen.

Die Commission erklärt sich mit Benutzung der in England gemachten, von uns nach den englischen Berichten oft angeführten Erfahrungen gegen die Deportation (p. 73 — 85.) und billigt den Vorschlag der Regierung, jedoch so, daß die Regierung nicht nothwendig die Straf-

anstalten in Algier anzulegen genöthigt ist. Auch die Anwendung der Isolirung auf weibliche Sträflinge wird im Berichte gebilligt, vorzüglich mit Berufung auf günstige Erfahrungen in der Strafanstalt zu Tours, wo die weiblichen Gefangenen nicht einmal die Befugniß, eine Stunde spatzieren zu gehen, benutzen wollen, und wo nach den Zeugnissen der Krankheitsstand unter den Isolirten weit günstiger ist als in anderen Strafanstalten.

Sehr beachtungswürdig sind die Nachweisungen und Bemerkungen über jugendliche Verbrecher (im Berichte (p. 88—94.). Die Zahl solcher Verbrecher, die nach den Aussprüchen der Gerichte in den Gefängnissen zu verwahren sind, wächst in Frankreich. Im Jahr 1842 waren es noch 2176; am 1. Januar 1841 waren es schon 3796 (so daß ein jugendlicher Uebertreter auf 10800 Einwohner trifft). Sehr zweckmäßig bewährt sich die Sitte, solche Uebertreter in die Lehre zu guten Familien zu geben, oder in den colonies agricoles unterzubringen.

Ein Hauptgegenstand ernster Berathung war die Frage [1]): ob auch auf die politischen Verbrecher die absolute Isolirung angewendet werden soll? Die Regierung scheint es nicht gewagt zu haben, dies in ihrem Entwurfe vorzuschlagen; die exceptionelle Natur der politischen Verbrechen, bei denen man zuviel generalisirt, und oft Menschen, die einer catilinarischen Schaar gleichen, den Heiligenschein des Edelmuths und des Patriotismus andichtet., schien die öffentliche Stimme in Frankreich

1) Auf dem Gefängnißcongresse in Frankfurt kam auch die Frage: ob man Isolirung auf politische Verbrecher anwenden sollte, zur Sprache. Ducpetiaux schlug vor, daß man das System auf sie nicht ausdehne; Moreau-Christophe empfahl die Ausdehnung. Ducpetiaux zog seinen Antrag zurück. S. Verhandlungen der Versammlung für Gefängnißreform S. 223. u. französ. Ausgabe p. 132.

gegen sich zu haben, welche die Anwendung der Isolirung aufhebt; die Commission war nicht übereinstimmend; die Mehrheit will auch politische Verbrecher der Isolirung unterwerfen; der Bericht giebt (p. 96—102.) die Gründe für und wider an. Wir glauben, daß die Mehrheit Recht hat, um so mehr, als wenn man einmal das Isolirungssystem für zweckmäßig, gerecht, als unschädlich erkennt und allgemein einführt, der Gesetzgeber von selbst sein System verdächtigt und dem Glauben des Volks Nahrung giebt, daß die Isolirung eine außerordentliche Härte sey, wenn er es nicht wagt, das System auch auf politische Verbrecher anzuwenden. Wir setzen dabei voraus, daß das Gesetz eine gehörige Abstufung der Strafdrohung macht und den Richter in den Stand setzt, auch nicht entehrende Strafen gegen politische Verbrecher auszusprechen; ferner, daß es bei Behandlung der Strafgefangenen auf die Bildungsstufe der Verurtheilten Rücksicht nehme und z. B. politischen Verbrechern von höherer Bildung geistige Beschäftigung in der Anstalt möglich mache. Wichtig ist jene Ausführung im Berichte (p. 112.), die sich auf die Frage bezieht, ob man, wie bisher, einem Unternehmer in der Strafanstalt die Beköstigung, Bekleidung, Krankenverpflegung, aber auch ihm die Bestimmung der Arbeit der Gefangenen sowie den Ertrag derselben überlassen soll; oder ob das System der Selbstverwaltung von Seite der Regierung vorzuziehen sey. Die Commission spricht sich mit Recht für das letzte aus. Der Bericht widerlegt auch (p. 115.) die oft verbreiteten Vorurtheile, daß die Concurrenz der in den Strafanstalten betriebenen Fabricationen mit den freien Arbeitern den letzten nachtheilig sey.

Ein wichtiger Gegenstand, der der Wahl des Aufsichtpersonals in den Gefängnissen, wird in dem Berichte (p. 125.) zur Sprache gebracht. Die Commission empfiehlt mit Recht die Benutzung des religiösen Elements [2]) in den Anstalten, und glaubt hierzu die Einführung von Personen, die religiösen Corporationen angehören, als Aufseher empfehlen zu müssen; es wird bemerkt, daß man in Frankreich in den Strafanstalten der Weiber soeurs pénitentiaires de St. Joseph eingeführt, und daß dies sehr gut gewirkt habe, (was z. B. durch Verminderung der Zahl der Rückfälle unter den Weibern bewiesen werde), daß 1840 auch die frères de la doctrine chrétienne im maison centrale von Nimes eingeführt worden. Der Bericht gesteht, daß es anfangs Reibungen gab, daß aber bald Vortheile der neuen Einrichtung sich zeigten, ungeachtet eben in Nimes Sträflinge von verschiedenen Confessionen verwahrt würden. Die Regierung habe, belehrt durch den guten Erfolg, diese frères auch in andern Strafhäusern eingeführt, und die Commission empfiehlt die Einrichtung, wie es scheint, mit vielleicht zu glänzender Schilderung der Vortheile; sie erkennt aber, daß eine Vorbereitung zu diesem Berufe nothwendig sey. — Wir wünschen, daß die Regierungen Deutschlands sehr sorgfältig die Frage prüfen, ehe sie sich zur Nachahmung entschließen; auch wir fordern die vorzügliche Begünstigung des religiösen Elements in den Strafanstalten; allein wir fragen, gestützt auf die Zeugnisse ausgezeichneter

2) Auch dieser Gegenstand wurde in Frankfurt auf der Versammlung umständlich berathen. Verhandlungen (deutsche Ausgabe S. 232.) französische Ausgabe p. 139. Vorzüglich machte die Rede des Gefängnißgeistlichen Laroque aus Paris (Verhandlungen S. 242.) einen großen Eindruck.

Directoren: ob die Personen, welche gewöhnlich solchen religiösen Corporationen sich widmen, durch ihre erste Erziehung, durch Bildung so geeignet sind, daß ihnen die Einwirkung auf die Gefangenen anvertraut werden kann. Fanatische, mystische Gespräche mit Gefangenen können hier leicht nachtheilig wirken und Seelenstörungen veranlassen. Die Hauptsache scheint zu seyn, daß ein ausgezeichneter Geistlicher in jeder Strafanstalt wirksam ist; untergeordneten Personen sollte man das Werk der moralischen Besserung nicht überlassen. Genaue Erkundigungen bei Gefängnißdirectoren lehren, daß selbst die Besuche der Mitglieder der sogenannten Aufsichtscommissionen bedenklich seyn können; Menschen von vortrefflichem Gemüthe und den reinsten Absichten kann leicht die nöthige Menschenkenntniß, Beobachtungsgabe und geistige Bildung fehlen, um wohlthätig auf Gefangene zu wirken. Mit Recht macht der Bericht (p. 134.) auf die Wichtigkeit der Vereine aufmerksam, die für den entlassenen Sträfling sorgen, und mit der Gefängnißdirection in Verbindung handeln. Wahre Worte spricht der Bericht p. 136. aus, wenn er es beklagt, daß der entlassene Sträfling überall zurückgestoßen und gedemüthigt wird; wir aber beklagen es, daß die Commission auf halbem Wege stehen bleibt und nicht energisch verlangt, daß die Gesetzgebung über die entehrenden Strafen geändert werde; wie kann man im Ernste von dem Besserungssysteme sprechen und doch den Entlassenen, der sein Verbrechen gebüßt hat, für sein ganzes Leben als gebrandmarkt betrachten, und das Gefühl, daß der Verbrecher entehrt sey, bei dem Volke unterhalten?

Am Schlusse macht der geistreiche Berichterstatter (p. 142.) gewichtige Bemerkungen zur Widerlegung der Ansicht, daß keine Besserung der Sträflinge erzielt wer-

den könne; er gesteht, daß bei dem jetzigen Zustande der Gefängnisse wenig Hoffnung vorhanden sey; allein er erwartet Besserung nach dem neuen Systeme und bringt die Ursachen der Verbrechen in 3 Kategorieen: 1) große Leidenschaften, 2) Umstände, 3) lasterhafte Angewöhnungen. Die Verbrecher der ersten und zweiten Kategorie sind selten auf jener Stufe moralischer Verdorbenheit, welche die Hoffnung der Umgestaltung ausschließt. Entfernung von den exceptionellen Motiven, welche die Leidenschaften in Bewegung setzten, bringen die letzten zum Schweigen, und bei jenen kräftigen Naturen hat auch die Reue eine große Gewalt. Bei Verbrechen die aus Umständen verübt werden, liegt mehr Schwäche, als moralische Verdorbenheit vor. Am meisten Besorgnisse erwecken die Verbrecher der dritten Kategorie; die Hoffnung der Besserung ist aber bei keinem Verbrecher ausgeschlossen. Als Zeugniß der Erfahrung wird angeführt, daß die Gesellschaft zur Unterstützung jugendlicher entlassener Sträflinge im Departement der Seine von 2000 jungen Leuten nachweisen kann, daß sie sich besserten, und daß das Verhältniß der Rückfälligen, welches früher 75 von 100 war, auf 7 herabsank.

Um den Stand der Bemühungen der französischen Regierung, die bestehenden Gefängnisse zu verbessern, unsern Lesern zu zeigen, machen wir sie auf die Sammlung der Verordnungen aufmerksam [3]), welche in Bezug auf die Gefängnißeinrichtung ergingen. Da schon mit den Anordnungen, die 1670 ergingen, die Sammlung beginnt, so ist das

---

3) Code des prisons ou récueil complet des lois ordonnées arrêtés, réglemens circulaires, et instructions ministérielles concernant le régime intérieur économique et disciplinaires des maisons d'arrêt, maisons de justice, prisons etc. par Moreau-Christophe. Paris 1845.

Werk sehr lehrreich, um den Einfluß der in den verschiedenen Zeiträumen verbreiteten Systeme über Gefängnißzucht in Frankreich und manche nachahmungswürdige neue Verfügungen kennen zu lernen. Ganz besonders verdienen jene Anstalten Beachtung, welche in Frankreich durch die Bemühungen edler Männer in das Leben gerufen wurden, um jugendliche Uebertreter zu bessern. An der Spitze dieser Anstalten steht die in diesem Archive schon oft angeführte Colonie agricole et pénitentiaire von Mettray. Wir wollen von ihrem segensreichen Wirken nach dem neuesten erstatteten Berichte Nachricht geben [4]). Die ursprünglich 10 Kinder enthaltende Colonie zählt jetzt 412. Seit der Gründung zählte sie 669, von diesen sind 144 uneheliche, 90 aus Ehen, in denen sich eines der Eltern wieder verheirathete, 151 haben ihre Eltern in Gefängnissen. Unsere Leser erinnern sich, daß in Mettray ein sogenanntes tableau d'honneur eingeführt ist, auf welchem die Namen der Kinder bemerkt werden, die drei Monate hindurch tadellos sich betrugen. 188 Namen waren 1846 auf diesem tableau. Die Ausstreichung des Namens daraus gilt als empfindliche Strafe. Da die jungen Colonen zum Ackerbau erzogen werden sollen, so muß auch der Unterricht, den sie erhalten, ihrem künftigen Stande angepaßt seyn. 350 Kinder kamen völlig ungebildet ohne lesen zu können in die Anstalt, und lernten dann gut lesen; auch in Beschäftigungen, die sich auf Ackerbau beziehen, wird Unterricht gegeben; so sind 276 Ackerbauer, 31 Gärtner, 12 Schmiede, 12 Tischler, 18 Schneider u. A. Seit der Gründung der Colonie sind 21 Kin-

4) Colonie agricole et pénitentiaire de Mettray, septième assemblée des fondateurs à Paris 10. May 1846.

der gestorben: die meisten litten, als sie eintraten, schon an unheilbaren Krankheiten. Die Kinder werden, wenn sie aus der Anstalt treten, sorgfältig beaufsichtigt, und hier ergiebt sich, daß von 197 Kindern, die entlassen wurden, 173 sich tadellos und 8 mittelmäßig sich betrugen, 12 rückfällig wurden und 4 der Aufsicht sich entzogen.

Von allen Seiten her wird dieser Anstalt von Mettray das günstigste Zeugniß gegeben, insbesondere auch in der Hinsicht [5]), daß man mit einer Erziehung, bei der die jugendlichen Uebertreter im Freien arbeiten, weiter kommt, als mit einer Anstalt, wie die in La Roquette ist, in der man den Fremden etwa 12 Zellen zeigt, in denen recht gesunde kräftige Kinder bewahrt werden, um zu beweisen, daß die Isolirung nicht nachtheilig wirkt.

Der neueste Bericht der Gesellschaft für jugendliche Uebertreter und Entlassene im Departement der Seine [6]) giebt interessante Nachrichten über die Wirksamkeit der Gesellschaft, insbesondere über die in La Roquette eingeführten Verbesserungen. — In den Kreis der Thätigkeit der Gesellschaft gehören theils die Kinder, welche provisorisch nur aus der Anstalt entlassen und der Sorgfalt des Vereins anvertraut werden (im J. 1844 wurden auf diese Art 140 entlassen), im Gegensatze der definitiv Entlassenen (179 im J. 1844). Von diesen betrugen sich 211 tadellos, 22 ließen viel zu wünschen übrig, 26 verschwanden, 3 wurden als unverbesserlich

---

5) Aufsatz in dem Journal de la société de la morale 1845. Tom. IV. p. 80.

6) Société pour le patronage des jeunes détenus et des jeunes libérés. — Compte rendu de deux années 1844 — 1845. Paris 1847.

ihrem Schicksale überlassen, 12 starben, 3 wurden von Seelenstörungen, 1 von unheilbarer Krankheit befallen. In der Kategorie der definitiv Entlassenen wurden 14 rückfällig; von den provisorisch Entlassenen wurden 7 wieder in die Anstalt gebracht. Von 408 aus La Roquette Entlassenen (im J. 1844. u. 1845) waren 307 in der Anstalt zum ersten heiligen Abendmahle gegangen. Im J. 1845 wurden 159 definitiv und 140 provisorisch entlassen; von den Ersten wurden 14 rückfällig und von den Zweiten wieder 12 in die Anstalt zurückgebracht. Außer der colonie agricole in Mettray giebt es in Frankreich ähnliche, in Bordeaux, Marseille, Lyon, Rouen. Von dem Wirken der letzten giebt der Bericht der société de patronage de Rouen Nachricht [7]). Man ist in Frankreich durch Erfahrung belehrt, daß da, wo es gelang, jugendliche Uebertreter im Ackerbau zu unterrichten, der Erfolg in Bezug auf moralische Besserung der günstigste war; die Entwickelung physischer Kräfte durch Arbeiten im Freien scheint die Gesundheit gestärkt und bessere Angewöhnungen befördert zu haben. So entstehen allmählig colonies agricoles, z. B. eine in Petit-Queville, die 1845 48 jugendliche Uebertreter zählte. Nach dem Berichte betrachten sich die jungen Leute wie Gefangene auf ihr Ehrenwort. Oft gehen 12 bis 15 unter der Aufsicht eines einzigen Aufsehers aus ihrer Mitte in die Stadt, um bei Privatpersonen zu arbeiten oder Erzeugnisse der Colonie auf den Markt zu bringen; überall bezeugt man, daß keiner einen Mißbrauch macht. Um die bezeichnete Freiheit zu genießen, muß der junge Colone auf die Tafel der Rehabilitation kommen und

---

7) Journal de la société de la morale chrétienne. 1845. Tom. IV. p. 228.

von seinen Genossen als würdig befunden seyn. Mit Recht erheben sich immer mehr Stimmen in Frankreich gegen das Gesetz, welches den Gerichten gestattet, auch da wo der Angeklagte als ohne Zurechnungsfähigkeit handelnd erkannt wurde, den Losgesprochenen doch auf gewisse Zeit in das Gefängniß zu senden. So lange wir nicht besondere Rettungsanstalten für solche Personen haben, ist eine große Lücke in unserer Gesetzgebung. — Sehr wohlthätig wirkt auch in Straßburg die société pour l'amélioration morale et pour le patronage des jeunes libérés [8]).

Von den neuesten Arbeiten, welche für das Gefängnißwesen wichtige Materialien liefern, verdient der Bericht des Arztes Lelut [9]) an die Akademie der Wissenschaften in Paris über seinen Besuch in den Gefängnissen Beachtung. Hr. Lelut spricht sich entschieden für das System der Isolirung aus, und prüft dann die Frage: ob irgend Nachtheil für die Gesundheit zu besorgen ist? Nach seiner Angabe treffen in der freien Bevölkerung, und zwar unter der ärmeren Klasse von 30 bis 40 Jahren, auf 100 2 Kranke; in den Gefängnissen nach dem alten System rechnet man auf 100 4, auch 6 Kranke (im maison centrale von Nimes sind von 1067 Sträflingen 52 krank). Bei den Gefängnissen, die nach dem System der Isolirung eingerichtet sind, bemerkt Lelut in Montpellier 2 auf 110, in Long le

8) Der letzte Bericht der Gesellschaft (vom 29. Nov. 1846) ist wichtig wegen der Nachrichten, welche er von den zahlreichen Wohlthätigkeitsanstalten Frankreichs giebt.

9) Séances et travaux de l'Academie des sciences morales et politiques. Compte rendu. Paris 1846. Vol. X. p. 321. Wir werden unten auch von den gegen Lelut's Erfahrungen erhobenen Einwendungen sprechen.

Saulnier 3 auf 70, in Bordeaux 9 auf 200, in Tours 5 auf 110. In Bezug auf Todesfälle kann man annehmen, daß in der freien Bevölkerung, und zwar unter der ärmern Klasse von 30 bis 40 Jahren, von 100 jährlich weniger als 2 sterben; in den Gefängnissen nach dem alten System 4 bis 6 von 100. Die nach dem Zellensystem gebauten Gefängnisse liefern ein günstigeres Ergebniß. In Montpellier (mit 84 Zellen) starb in 2 Jahren von 1000 Sträflingen einer; in Tours (mit 112 Zellen) in 28 Monaten von 1200 Gefangenen 2. In Bordeaux nahm die Zahl der Todesfälle seit Einführung des Isolirungssystems um mehr als 1/3 ab. In Ansehung der Seelenstörungen kann man in der freien Bevölkerung auf 1000 Personen 2 Seelengestörte annehmen; in den Gefängnissen nach dem alten System kommen auf 1000 4, 5, selbst 7. In den Strafanstalten nach dem neuen System treffen 2—3, höchstens 5 Seelenstörungen. Das Strafhaus von Nimes zählte 967 Sträflinge, man bezeichnete darunter 10 bis 15 Seelengestörte; allein bei genauerer Prüfung von Seite des Hrn. Lelut fand sich, daß nur 9 entschieden seelengestört waren (nach den Erfahrungen werden Araber, die in Zellengefängnisse kommen, leichter wahnsinnig und sterben früher. Im Gefängniß von Nimes sind 70 Araber). In der Strafanstalt von Montpellier (für Weiber) fand bei einer Bevölkerung von 500 der Arzt 5 Seelengestörte. Dagegen fand Lelut in den auf Isolirung gebaueten Anstalten von Long le Saulnier, Versailles, Tours keine Geisteskranken. Der Verfasser glaubt darnach, daß ohne Bedenken auch auf lange Strafzeiten die Isolirung angewendet werden könne.

Noch machen wir unsere Leser auf einen Bericht des Hrn. de la Farelle an die Akademie der Wis-

senschaften in Paris über die Verwendung der Brüder der christlichen Schulen in den Strafanstalten aufmerksam [10]. Der Berichterstatter, dessen Unparteilichkeit dadurch gewinnt, daß man ihn, den Protestanten, nicht der Voreingenommenheit für die geistlichen Corporationen beschuldigen kann, besuchte die verschiedenen Anstalten Frankreichs, in welchen Mitglieder solcher religiösen Vereine verwendet sind; und prüfte, wie das in Frankreich in Bezug auf diese Verwendung in Gefängnissen ergangene Reglement vom Juli 1843 sich bewährte. Darnach sind die frères nicht unbedingt den Befehlen des Directors der Anstalt unterworfen, sondern empfangen ihre Befehle vom frère supérieur. Der Berichterstatter gesteht, daß anfangs es vielfach Reibungen und Unordnungen in Bezug auf den Dienst der soeurs, wo sie in Gefängnissen eingeführt waren, gab, daß aber jetzt dies aufhörte und man überall den Schwestern das günstigste Zeugniß giebt. Das meiste hängt von dem Director ab, der, wie de la Farelle behauptet, kein eigensinniger Mann seyn darf, der die Würde des Berufs dieser uneigennützigen Mitglieder der religiösen Corporationen mißkennt. Wie wohlthätig auf den Gesundheitszustand der Sträflinge der Dienst dieser frères wirkt, ergiebt sich nach Beobachtungen in der Anstalt in Nimes, wo 1100—1300 Sträflinge vereinigt sind. Die Sterblichkeit war dort, ehe die frères den Dienst versahen, im J. 1839 1 Todesfall auf 7, 89; 1849 1 auf 11, 98. Von 1842, als die Brüder den Dienst versahen, sank die Sterblichkeit, so daß 1842 1 auf 16, 96; 1843 u. 1844 1 auf

10) Séances et travaux de l'Academie des sciences. 1847. Avril. p. 317.

23 kam. Aehnliches ergiebt sich in den anderen Anstalten, insbesondere auch in Bezug auf den Unterricht, den die Brüder ertheilen, und auf die Polizei, die sie führen.

Um endlich den Stand der Ansichten über das Gefängnißsystem zu bezeichnen, welcher sich nach den neuesten wissenschaftlichen Arbeiten in Frankreich ergiebt, so läßt sich nicht verkennen, daß die überwiegende Zahl der Stimmen für den Vorzug des absoluten Isolirungssystems sich ausspricht. Die Zeitschrift, welche am entschiedensten noch gegen diese Isolirung sich erklärt, ist das Journal de la morale chrétienne. Alle Nachrichten, die nur irgend den Vorzug dieses Systems angreifen können und Bedenken erwecken, sind hier gesammelt, und dankenswerth sind viele statistische Nachrichten. In einem der neuesten Hefte [11]) spricht sich der Oberarzt in der Strafanstalt zu Nimes, Hr. Boileau de Castelnau, entschieden gegen das System der absoluten Isolirung aus, das er nach seinen Erfahrungen von mehr als 23 Jahren für verderblich erklärt. Von neueren Schriften führen wir noch an eine Schrift von Poirel [12]), eine andere von Le Fran [13]) und von Bonnet. Poirel ist Gegner der absoluten Isolirung; neue Gründe findet man nicht; der Hauptheil seiner Schrift ist die Anpreisung der Deportation als eines trefflichen Strafmittels, vorzüglich wünscht er Strafcolonieen in Algier

11) Journal de la société de la morale chrétienne. 1847. p. 61.

12) De la réforme des prisons et de la deportation. Paris 1846.

13) De la réforme des prisons et d'un systême pénitentiaire en harmonie avec les lois par V. le Fran. Colmar 1845.

angelegt zu haben; eine Revision des Code pénal scheint dem Verf. nothwendig. Die Schrift von Le Fran bezweckt die Abänderung mancher gesetzlichen Einrichtungen, welche nachtheilig auf den moralischen Zustand des Volkes wirken. Der Verf. will keinem der Pönitentiarsysteme ausschließlich den Vorzug geben; er fordert, daß die im Code pénal gedrohten Strafen verhältnißmäßig herabgesetzt werden; jede Pönitentiaranstalt soll in zwei Abtheilungen zerfallen: in eine, in welcher die correctionellen Verurtheilten, die zum ersten Male gestraft werden, in Gemeinschaft jedoch unter dem Zwange des Stillschweigens arbeiten, während in der zweiten Abtheilung alle Verurtheilte zu längeren Strafen als 5 Jahren, und alle wegen Rückfalls zu höheren Strafen als 1 Jahr correctionelle Verurtheilte bewahrt würden, und zwar nach dem Systeme der absoluten Isolirung. Für wesentlich zur Ergänzung des Systems hält der Verfasser die Colonisation (am besten in Algier). In die Colonieen werden die Criminalsträflinge nach Ablauf ihrer Strafzeit und die Rückfälligen gebracht; ihre Frauen und Kinder dürfen ihnen folgen; nach 10jährigem Aufenhalt in der Colonie können die Colonisten nach Frankreich zurückkehren oder in irgend einem Theile von Algier sich niederlassen.

Die bedeutendste neue französische Schrift über Gefängnißverbesserung ist die von Bonnet [14]). Der Verfasser, ein ausgezeichneter Lehrer der Medicin, ist entschiedener Gegner des Systems der absoluten Isolirung, das er als nachtheilig für den Geist und Körper der Gefangenen erklärt. Er beruft sich auf die unseren Lesern aus frü-

14) Hygiène physique et morale des prisons ou de l'influence que les systèmes pénitentiaires exercent sur le physique et le moral des prisonniers. Paris 1847.

heren Mittheilungen bekannten Nachrichten über die amerikanischen Strafanstalten, und beklagt es, daß man in einer officiellen Schrift, welche die französische Regierung 1845 den Deputirten austheilen ließ, um sie günstig für die absolute Isolirung zu stimmen, die amerikanischen Berichte nicht vollständig, sondern nur so mittheilte, wie man sie brauchte. Der Verf. sucht dann nachzuweisen, daß in Europa da, wo man die absolute Isolirung anwendete, das System sich nachtheilig zeigte, daß in der Anstalt von Mont Saint Michel die Erfahrungen ungünstig waren, daß in La Roquette die Sterblichkeit auffallend ist, nämlich daß 10 von 100 sterben, was außerordentliche Sterblichkeit begründet, wenn man annehmen muß, daß 48 von 450 Kindern starben. Nach einer Nachricht sind von 26 nach Mont S. Michel gesendeten (politischen) Gefangenen 16 in der Blüthe ihrer Jahre gestorben. In den auf Isolirung gebauten Anstalten von Senlis und Tours kamen 3 Selbstmorde der Gefangenen vor. Von der Anstalt in Vannes bezeugt der Präfekt, daß von 443 Weibern 46 erkrankten (Blutbrechen bekamen), 13 Brustkrankheiten bekamen, 8 rasend wurden, 20 an anderen Seelenstörungen litten. In Bezug auf die Anstalt von Nimes, deren Erfahrungen, wie wir oben sahen, Lelut so sehr rühmt, giebt der Verfasser nach dem Zeugnisse des Gefängnißarztes von Nimes, Doctor Castelnau, an, daß von 1824 bis 1843 drei Selbstmorde, von 1842 an nach der Einführung der Isolirung 2 Selbstmordsversuche vorkamen. — Von der Anstalt in Bordeaux giebt der Verf. nach eigener Erfahrung an, daß im Laufe eines Jahres nach Einführung der Isolirung 6 Fälle des Wahnsinns, 2 des Idiotisme und 4 Selbstmorde sich ereigneten, 181 Gefangene wurden als ernstlich krank in

das Hospital gebracht (vom 1. August 1843 bis 23. August 1844), 4 starben; 1845 wurden 175 krank, kamen in das Hospital, 4 starben; im J. 1846 waren am 31. Oct. schon 5 gestorben. — Die Nachweisungen, welche der Verf. (p. 38—49) von den Fällen der Seelenstörung giebt, sind wirklich so bedenklich, daß man kaum zweifeln kann, daß das neu eingeführte System sich schlecht bewährte. Gewünscht hätten wir, daß der Verf. sich auf die Angaben Dikens nicht berufen hätte. Dagegen hat der Verf. (p. 68.) wohl Recht, wenn er die häufigen Behauptungen, daß die große Zahl von den Verbrechern dem Systeme des gemeinschaftlichen Zusammenlebens in den Gefängnissen zugeschrieben werden müsse, für Uebertreibung erklärt, daß sich nachweisen läßt, daß eben die größten Verbrecher zuvor nie in Gefängnissen waren; auch ist der Vorwurf, daß das französische Ministerium, wenn es versichere, daß das neue französische Isolirungssystem wesentlich von dem pennsylvanischen abweiche, in einer Selbsttäuschung sich befinde, nicht grundlos.

Der Verf., nachdem er sich gegen das Isolirungssystem erklärt hat, begründet nun seine Verbesserungsvorschläge (p. 100.). Er will die Todesstrafe beibehalten (seine Gründe sind schwach), statt der Galeeren schlägt er die Einführung der Transportation vor (deren Vortheile der Verf. überschätzt) für die übrigen Verurtheilten, zu Freiheitsstrafen, die nicht travaux forcés sind, will er Isolirung der Gefangenen zur Nachtzeit, gemeinschaftliche Arbeit am Tage ohne Zwang zum Stillschweigen vorschlagen; diese Gefangenen sollen in verschiedenen Klassen verwahrt werden (Männer getrennt von Weibern und von jugendlichen Uebertretern), die criminell Verurtheilten von den wegen délits Bestraften, und

in jeder Klasse sollen die Rückfälligen von den zum ersten Male Bestraften gesondert werden. Den Zwang zum Stillschweigen hält er für nachtheilig, weil er doch nicht durchzuführen ist, die Sträflinge nur erbittert und reizt und zu Heuchlern macht. Er fordert Einführung des Systems der Aufmunterung und Belehrung für alle, welche sich bessern. Für jugendliche Uebertreter will er Anstalten, wie sie in Mettray u. a. O. bestehen, eingerichtet wissen. Die Strafcolonieen will er auf Madagascar oder in Australien errichtet haben; gegen den Vorschlag, in Algier sie zu errichten, erklärt er sich (p. 133.), schon weil sie zu nahe am Mutterlande, die Handhabung der Aufsicht sehr schwierig, die Verwendung der Sträflinge zu passenden Arbeiten nicht leicht ausführbar seyn würde. Nach seiner Ansicht könnte man Algier besser benutzen, um den entlassenen Sträflingen die Möglichkeit einer passenden Niederlassung zu eröffnen. Im Anhang finden sich Briefe des Verfs., welche er früher schon mit dem Arzt der Strafanstalt in Bordeaux über einzelne in der Strafanstalt vorgekommene Fälle von Seelenstörung wechselte. — Wir werden unsere Leser von dem Ergebnisse der Berathungen der französischen Pairskammer über den Gesetzesentwurf in Kenntniß setzen.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

Halle,

Gebauer-Schwetschke'sche Buchdruckerei.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
F. C. Th. Hepp in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum in Giessen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
A. W. Heffter in Berlin,
C. G. v. Wächter in Tübingen,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1847.
Drittes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1847.

Inhalt.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1847. Drittes Stück.

X.

Ueber den Grund der milderen Beurtheilung des Kindsmordes, dogmengeschichtlich dargestellt

von

Hepp.

(Beschluß von Nr. VII. im vorigen Stücke.)

§. 5.

Vorerst fragt es sich: ob die bedrängte Lage der Mutter, welche hier weniger als moralische (Furcht vor Schande) denn als äußere Bedrängniß hervortritt, und womit, aber nicht von allen Rechtslehrern, zugleich die eigenthümliche physische und psychische Aufregung der Mutter, als ein ihre Zurechnung schon nach allgemeinen Rechtsprincipien strafmilderndes Moment verbunden wird, wirklich ausreiche, um den Kindsmord für ein bedeutend zu privilegirendes Verbrechen zu erklären? So-

dann: ob die *Consequenzen* hinsichtlich des Thatbestandes richtig aus jenen Gründen gezogen sind? Endlich: ob diese Gründe nur auf *unehelich* gebährende Mütter passen, und nicht vielmehr auch auf eheliche Mütter, welche unter den gleichen Voraussetzungen ihr eheliches Kind tödten, zu beziehen seyen, wodurch der Kindsmord einen *viel weiteren* Umfang erhalten, oder doch die milderen Bestimmungen desselben einer *analogen* Anwendung auf eheliche Mütter fähig würden?

Die beiden ersten Fragen wurden schon oben bei der *Grolman-Feuerbach*'schen Ansicht aufgeworfen, und von diesem Standpunkte beantwortet. Die dritte dagegen konnte dort nicht aufgeworfen werden, weil, wenn man auf Rettung der Geschlechtsehre, als strafmilderndes Moment, das alleinige oder Hauptgewicht legt, sich die mildere Beurtheilung der Tödtung neugeborner Kinder nothwendig auf außerehelich Geschwängerte beschränkt. Hier dagegen (bei dieser zweiten Ansicht), wo *andere* Gründe geltend gemacht werden, drängt sich jene Frage von selbst auf.

Zur ersten Frage. Betrachtet man von diesen Gründen zunächst die bedrängte Lage der Mutter, und setzt man dabei voraus, daß dieselbe der milderen Strafbestimmung der P. G. O. zu Grunde liege [26]), so möchte derselbe allerdings so weit reichen, als die P. G. O. selbst ihn reichen läßt, nämlich, statt der *qualificirten* Todesstrafe des Verwandtenmordes die *einfache* Todesstrafe festzusetzen [27]). Dagegen ist nach allgemeinen

26) Denn der *zweite* Grund war ihr *jedenfalls* fremd.

27) Eine Ansicht, von der aber nach dem Obigen die P. G. O. entschieden nicht ausging. In Sachsen verstand man die Strafe des Ertränkens von der *qualificirten Todesstrafe* des Säckens. Vgl. *Wächter* in diesem Archive Jahrg. 1835. S. 76. Anm.

Rechtsgrundsätzen zu bezweifeln, ob dieser Grund für sich allein zur Aufhebung der Todesstrafe (für den Fall des Mordes, im Gegensatze des Kindstodtschlags) ausreiche? Wenigstens legt man in anderen Verhältnissen und bei anderen Verbrechen kein so großes Gewicht darauf, um die Strafbarkeit des Thäters dadurch um mehr als Eine Stufe herabzusetzen, wie nach den neueren Legislationen hier der Fall ist, welche von Todesstrafe auf zeitliche Freiheitsstrafe herabgehen [28]). Soll aber der zweite Grund, verminderte Zurechnung als Folge des Geburtsacts, entscheiden, so könnte derselbe jedenfalls nicht als Regel angenommen werden, und soll ja auch nach den obigen Zeugnissen nur öfter (aber wohl seltener als man meint) vorkommen. Mithin würde dieser Grund nur den Richter ermächtigen und verpflichten, da, wo derselbe wirklich vorhanden war, im Milderungswege zu verfahren. Fictionen zu Gunsten des Kindsmordes und der Kindsmörderinnen würden sich aber nicht rechtfertigen lassen.

Zur zweiten Frage. Die Consequenzen aus jenen Prämissen (der. s. g. ratio legis) werden, wie nachgewiesen wurde, von den neueren Rechtslehrern verschieden gezogen, wovon der Grund darin liegt, daß sie bald mehr bald weniger entschuldbare Momente hervorheben, und unter diesen bald dem einen bald dem andern das Hauptgewicht beilegen. Die Ansicht der meisten geht aber dahin, daß 1) als Subject eine außerehelich geschwängerte Mutter, ohne Rücksicht auf Ehre und

28) Nach Art. 245. des württemb. Str. G. B. soll umgekehrt derjenige, welcher auf unerlaubtem Wege sich befindet, und zu seiner Rettung in rascher Aufwallung den Entdecker tödtet (also Todtschläger), ausnahmsweise mit der Strafe des Mordes belegt werden. Aber den Kindsmord hat man dagegen, wie sich weiter unten ergeben wird, sehr bedeutend privilegirt.

Ruf, vorausgesetzt wird; 2) als Object ein neugebornes uneheliches Kind, wobei aber die verschiedenen Gründe in der Weise mit einander in Collision treten, daß es bald auf das Alter des — wenn nur bis dahin verborgen gehaltenen — Kindes nicht ankommen soll, bald eine Tödtung unmittelbar nach der Geburt verlangt wird, während andere nur ein „bald nach der Geburt" erfordern; und 3) vorgängige Verheimlichung, sey es der Schwangerschaft, oder der Niederkunft, oder beider Zustände zugleich, indem auch in dieser Beziehung die Ansichten getheilt sind.

Was gebietet hier aber die Consequenz, wenn man von jenen Gründen ausgeht? Ist es die hart bedrängte Lage der Mutter, welche hier vorzugsweise entscheidet, so hat Mittermaier offenbar recht, daß Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft eben so wenig ein wesentliches Merkmal des Kindsmordes seyn könne, als der gute Ruf der Mutter; was durch den Hinzutritt des zweiten Grundes noch verstärkt wird. Aber darin kann man ihm nicht beistimmen, daß mit Rücksicht auf diesen zweiten Grund (verminderte Zurechnung) das Kind gerade unmittelbar nach der Geburt (also nicht zu einer etwas späteren Zeit) getödtet seyn müsse. Denn dieser Milderungsgrund trifft nur ausnahmsweise zu, muß daher vor jenem, wenn auch nicht immer, doch regelmäßig vorhandenen zurücktreten. Nun läßt sich zwar denken, daß in einem gegebenen Falle beide Gründe zugleich nicht zutreffen; allein dies giebt dem Richter keine Befugniß, deshalb härter zu strafen, weil nach dem Satze: leges generaliter constituuntur etc. der Gesetzgeber bei Milderungen wie bei Schärfungen sich nur an allgemeine Erfahrungswahrheiten halten kann, eine hart bedrängte Lage der Mutter aber erfahrungsmäßig in der überwiegenden Mehrzahl

außerehelicher Schwängerungen vorhanden ist. Consequenterweise muß dann aber das Merkmal: „neugebornes (Kind)“ ganz fallen, wie es auch im Art. 131. Abs. 1. nicht in den Begriff des Kindsmordes aufgenommen ist, sondern nur bei den Indicien des Kindsmordes, wo, wie natürlich, die gewöhnlichen (regelmäßigen) Umstände vorgetragen werden, vorkommt. Kurz der Kindsmord müßte dann einen weitern Umfang erhalten, wodurch freilich die Bedenken gegen die Privilegirung dieses Verbrechens gesteigert werden. Allein man hat nur das Dilemma: entweder reichen jene Gründe zu einer außerordentlichen Privilegirung aus, dann wird auch diese Consequenz gerechtfertigt; oder sie reichen dazu nicht aus, dann ist schon jene (beschränktere) Privilegirung nicht zu rechtfertigen.

Zur dritten Frage. Hier gebietet es wiederum die Consequenz — oder vielmehr von jenem Standpunkte die Gerechtigkeit —, den Begriff und Thatbestand des Kindsmordes noch mehr zu erweitern, oder wenigstens eine analoge Anwendung seiner milderen Strafbestimmungen auf ähnliche Fälle zuzulassen. Ersteres hat bereits das Braunschweig'sche Str. G. B. im Art. 149. anerkannt. Hier kommen als Object des Kindsmordes nicht bloß uneheliche, sondern auch eheliche Geburten vor, aber im letzteren Falle ist die Mutter mit einer härteren Freiheitsstrafe (einem höheren Minimum) bedroht. Die Motive S. 272. (Ausg. v. 1840) haben es nicht einmal für nöthig gefunden, diese, jedenfalls neue, Ausdehnung besonders zu rechtfertigen, sondern bemerken im Allgemeinen nur, „daß, wenn gleich ein neugebornes Kind [eheliches oder uneheliches] Rechtssubject sey, doch eben so sehr in dem noch völlig unentwickelten Bewußtseyn eines solchen Kindes, als in der für die Mutter oft drückenden Last desselben, [was auch

in sehr armen, mit vielen Kindern gesegneten Familien häufig genug vorkommt], und der Rücksicht auf die, freilich jetzt nur selten als Motiv wirkende Geschlechtsehre ein Rechtfertigungsgrund für die geringere Strafbarkeit des Kindsmordes liege, woraus sich auch die sonst sehr auffallende Thatsache erkläre, daß bei vielen Völkern die Aussetzung Neugeborner erlaubt war und noch sey [29]). „Hieher gehört auch noch folgende Aeußerung der Motive zu Art. 158. S. 280: „Man muß die Mißhandlungen kennen, denen in den untern Ständen Mädchen, die sich eines Fehltritts schuldig gemacht, ausgesetzt sind; ja actenmäßig kommen selbst Fälle vor, wo Ehefrauen durch Furcht vor grausamer Behandlung ihrer Männer zu dem Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht [oder des Kindsmordes] veranlaßt wurden, indem solche unnatürliche Väter die Vermehrung der Familie, deren Urheber sie doch sind, der Ehefrau als eine Schuld anrechnen." Ja es ist der Fall vorgekommen, daß die Geburt eines Mädchen, statt eines vom Vater sehnlich erwarteten Knaben, diesen zu Mißhandlungen der Frau fortriß, daß dieselbe in der Verzweiflung den Entschluß zur Tödtung des, ja doch von dem Vater verstoßenen neugebornen Kindes faßte, und auch wirklich ausführte. Aehnliches kommt vor, wenn der Vater Zweifel in die Legitimität des Kindes setzt, und schon vor der Geburt seinen ungegründeten Zweifel und Zorn in ungemessenen Drohungen, ja Mißhandlungen der Frau gezeigt hat ꝛc.

Hiernach kann die eheliche Mutter durch die Geburt eines ehelichen Kindes in eine eben so bedrängte, wo nicht noch verzweiflungsvollere Lage versetzt werden, als

29) Soll dies etwas beweisen, so kann man sich auch auf die Freigebung des Kindsmordes bei den Chinesen und andern heidnischen Völkern berufen, welche noch jetzt Hunderttausende von Opfern alljährlich erheischt.

eine außerehelich Geschwängerte, und es ist nicht einzusehen, weshalb die mildere Beurtheilung des Kindsmordes, also auch der Begriff und Thatbestand desselben, sich nur auf letztere beschränken sollte. Allein auch mit dieser Erweiterung reicht man nicht weit genug. Denn weshalb soll nur die Mutter, nicht auch der durch den ungemeinen Familienzuwachs und die dadurch erzeugten schweren Nahrungssorgen eben so hart bedrängte Vater, welcher das neugeborne Kind tödtet, milder beurtheilt werden, zumal die Motive einen, die Zurechnung herabsetzenden Zustand der Aufregung beim Geburtsacte (der freilich auf den Vater nicht passen würde) gar nicht als einen hier in Betracht kommenden Milderungsgrund hervorheben? Je weiter man aber diese Consequenzen verfolgt, um so mehr erschrickt man vor dem Gewichte, welches bei diesem „unchristlichen und unmenschlichen Verbrechen an einem unschuldigen Kindlein" gegenwärtig auf die „bedrängte Lage" gelegt wird. Aber was dem einen recht ist, muß es auch dem andern seyn! Indeß ist das Braunschw. Str. G. B. hier gar noch über die Consequenz hinausgegangen, indem es die eheliche und die uneheliche Mutter einander in einer Weise gleichsetzt, als ob die hart bedrängte Lage bei beiden die gleiche Regel bildete, was doch aller Erfahrung widerspricht, mithin nur Fiction ist. Wenn daher auch Mittermaier Note I. zu Feuerbach §. 236. bemerkt: „Vieles spricht dafür, überhaupt die Tödtung neugeborner Kinder, also auch der ehelichen, geringer als einen andern Mord zu behandeln, wie es z. B. der neue Braunschw. Entw. (jetzt Str. G. B.) thut", so ist dies, selbst von seinem Standpunkte, viel zu viel behauptet, und müßte dann weiter auch auf den Vater ausgedehnt werden. Zwar berufen sich die Braunschweig'schen Motive außerdem auf das „völlig unentwickelte Bewußtseyn des neugebornen Kindes";

allein dies drückt mit andern Worten nur aus, daß das neugeborne Kind die an ihm von der eignen unnatürlichen Mutter verübte Missethat nicht als solche empfinden kann. Dies gilt aber nicht bloß von einem, nur 24 Stunden alten Kinde, sondern noch über diese Zeit hinaus, beweist mithin zu viel, also gar nichts. Ueberhaupt, soll dies als Milderungsgrund gelten, so dürfte z. B. auch derjenige, welcher einen Betrunkenen oder Schlafenden mit Einem Streiche ums Leben brachte, nicht als Mörder hingerichtet werden. Endlich soll er die Barbareien heidnischer (wenn auch hoch cultivirter) Völker, welche die Kindsaussetzung ganz natürlich finden, ja bei denen (wie in China, Indien rc.) der Mord als Kindsmord und Elternmord [30]) sogar frei gegeben ist, keine auch nur entfernte Auctorität für den christlichen Gesetzgeber seyn, sondern denselben umgekehrt an die Segnungen des Christenthums erinnern.

Bei allen sonstigen hervorragenden Vorzügen des Braunschweig'schen Str. G. B. und seiner trefflichen Motive muß man hier doch über dieselben das Urtheil einer falschen, Sittlichkeit und Christenthum gefährdenden Humanität fällen, und will man noch weitere Scheingründe für die Milderung des Kindmordes haben, so kann man mit Kant das uneheliche Kind eine verbotene, in die bürgerliche Gesellschaft eingeschwärzte Waare nennen, deren Vernichtung daher halbe Confiscation ist. Vgl. des Verfs. deutsches Strafrechtssystem Th. I. S. 109.

Doch, nunmehr ist es Zeit, die dritte Ansicht, welche sich hier, namentlich in legislativer Hinsicht, geltend gemacht hat, aber auch auf den Gang der ge=

---

30) Z. B. durch Werfen in den heiligen Ganges, Verstopfen des Mundes mit dem Schlamme desselben rc.

meinrechtlichen Doctrin und Praxis mehr oder minder von Einfluß wurde, ins Auge zu fassen.

§. 6.

Mit den Motiven zu dem revidirten Entwurfe des (Baierischen) Str. G. B., München 1827. S. 198 fg. (u. dem Baier. Entw. v. J. 1831) beginnt nämlich eine dritte, legislativ wichtig gewordene Ansicht, der man — sie mag richtig oder verfehlt seyn — wenigstens die volle Consequenz, d. h. die richtige Begränzung des Begriffs und Thatbestandes des Kindsmordes — diesen (worin freilich eine auffallende Inconsequenz liegt) im Sinne des bisherigen Rechts auf uneheliche Geburten beschränkt, — aus dem neu angenommenen Grunde der Milderung (ratio legis), nachrühmen muß. Diese Motive begründen die mildere Beurtheilung des Kindsmordes lediglich durch die Natur des weiblichen Organismus und des Gebährungsactes. Der Act der Niederkunft, sagen sie, ist ein Ereigniß, welches den ganzen Organismus des Weibes so sehr angreift, und einen so heftigen Nervenreiz verursacht, daß auch der geistige und physische Zustand der Gebährenden nicht selten dadurch auf das Empfindlichste erschüttert, und ein Zustand von Manie hervorgebracht wird, durch welchen sich die Zurechnungsfähigkeit in einem bedeutenden Grade mindert. Deshalb nimmt der Entwurf auf „Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft" keine Rücksicht, mildert die Bestimmung des Baier. Str. G. B., welches den wiederholten Kindsmord mit dem Tode, und die Kindsmörderinn, welche als Hure gelebt hatte, mit der Kettenstrafe bedroht. „Denn bei keinem der mehreren von der Mutter verübten (rückfälligen) Verbrechen war sie Herr ihres physischen oder psychischen Zu-

standes, und auch eine Hure bleibt ein Weib, und den Gesetzen der weiblichen Natur im Acte des Gebährens unterworfen. Selbst wenn eine Person, welche keinen schlechten Lebenswandel geführt, und keine Veranlassung zur That durch strenge Behandlung ihrer Eltern oder Vorgesetzten erlitten hatte, den Entschluß der Tödtung vor der Niederkunft gefaßt hat, und auch die Art ihrer Entbindung durchaus nicht darauf hindeutet, daß sie von einer Geistesverwirrung oder Manie ergriffen worden sey, ist die mildere Strafe des Kindsmordes (dennoch) begründet, weil das Augenblickliche [31]), welches in dem Zusammentreffen der That und des Gebährungsacts mit seinen Folgen liegt, die Möglichkeit, daß diese Folgen, wenn sie sich auch durch bestimmte Erscheinungen nicht geäußert haben, in diesem Augenblicke dennoch, wie es oft geschehe, vorhanden gewesen sind, dem Gesetz (welches, wie überall, von der Regel auszugehen hat) genügender Grund ist, die mildere Beurtheilung anzuordnen. Daß es dabei gleichgültig sey, ob eine Verheimlichung der Schwangerschaft oder der Niederkunft, oder beider zugleich, statt gefunden habe oder nicht, ergiebt sich von selbst."

Hier stehen wir auf dem Boden der vollen Consequenz und vollesten Privilegirung des Mordes (und Todtschlags) unehelicher Kinder durch die Mutter, und nur die Eine Consequenz fehlt hier noch, diesen Grund auch auf ehelich gebährende Mütter in Anwendung zu bringen, wie dies auch vom Standpunkte des (freilich auf ganz andern Gründen beruhenden, ja jenen Grund gar nicht berücksichtigenden) Braunschweig'schen Str. G. B. nachgewiesen wurde, dessen Consequenzen gar noch weiter

31) Entweder fehlt hier etwas, oder es ist ein ungeschickter Ausdruck.

reichen, während hier als Subject des Verbrechens immer nur eine Mutter gedacht werden kann. Denn, wenn es gleich indische Völkerstämme in Nordamerika giebt, bei welchen, wenn die Frau niederkommen will, der Mann sich statt ihrer ins Bette legt und seine Wochen hält, so geht doch damit der so eben geschilderte Zustand der „Geistesverwirrung oder Manie" von der Frau nicht auf ihn über. Wenigstens will man dies dort noch nicht beobachtet haben.

Was soll man zu diesem neuen Grunde sagen? Daß derselbe von mehreren Rechtslehrern mit benutzt wird, von andern dagegen verworfen, wurde schon oben ausgeführt; und zwar legen erstere bei der Collision der mehreren von ihnen angenommenen Gründe bald mehr bald minder Gewicht darauf, und bezeichnen jenen Zustand als einen solchen, welcher gewöhnlich eintrete, bald als einen, der nur öfter vorkomme, oder endlich als einen Zustand, welcher (nur) vorkommen könne. Und letzteres ist allerdings richtig. Aber eine Regel daraus zu machen, und deshalb nach dem Satze: leges generaliter constituuntur etc. diesen Grund auch da gelten zu lassen, wo derselbe (und zwar erfahrungsmäßig in der Mehrzahl der Fälle) nicht zutrifft, und zugleich von sonstigen, hier doch auch mehr oder minder eingreifenden Gründen (der moralischen und äußeren Bedrängniß der Mutter) abzusehen, geht in der That zu weit. Auch ist die Ausdrucksweise jedenfalls zu grell. Denn dürfte man eine Manie oder Gemüthsverwirrung der Mutter als regelmäßige natürliche Folge des Geburtsacts annehmen [32]), so könnte ihr die in diesem unverschuldeten

32) Sollte die Erhaltung des Menschengeschlechts auf diese Weise erkauft werden müssen, so müßte man an der göttlichen Weisheit und Güte verzweifeln. Solche Betrachtungen sind doch wohl auch dem Juristen erlaubt? Aber man nimmt sie ihm jetzt öfter übel, oder spöttelt darüber.

Zustande verübte Tödtung des Kindes gar nicht imputirt werden; und gewiß würden die Chinesen und andere hoch cultivirte wie barbarische Völker[33]), bei welchen der Mord ehelicher und unehelicher Kinder zu dem tagtäglichen privilegirten gehört, sehr dankbar seyn, wenn man ihnen, wenigstens in Beziehung auf die Mutter, die volle Unzurechenbarkeit solcher Unmenschlichkeiten nachweisen wollte! Unter der Manie oder Geistesverwirrung kann daher, da sie hier nicht die Zurechnung aufheben, sondern nur strafmildernd wirken soll, nur eine nicht volle (halbe) unverschuldete Sinnenverwirrung verstanden werden. Ist diese aber gemeint, und sie kann hier nur gemeint seyn, so bedurfte es vom Standpunkte der Baierschen Entwürfe (seit dem bekannten Gönner'schen vom J. 1822) gar keiner besondern Vorschrift für den Kindsmord, diesen obendrein auf uneheliche Mütter beschränkt. Denn diese Entwürfe enthalten den (richtigen) Satz, daß alle diejenigen Zustände (überhaupt Momente), welche in ihrer höchsten Wirksamkeit die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, wie z. B. auch unverschuldete (volle) Sinnenverwirrung, wenn sie minder stark, aber doch so stark einwirkten, daß sie die Selbstbestimmungsfähigkeit in bedeutendem Grade trübten, als strafmildernde Momente betrachtet werden sollen. Was ist daher, wenn unverschuldete halbe Sinnenverwirrung der gebährenden Mutter die Regel bilden soll, die gesetzlich mildere Beurtheilung des Kindsmordes aus diesem Grunde wohl anders, als die Anwendung eines allgemeinen Rechtsprinzips auf dieses Verbrechen, welche man dem Richter hätte überlassen sollen? Allein dann hätten es die Kindsmörderinnen, die hier

33) Denn auf Cultur oder Uncultur kommt es hier nicht an, sondern auf Heidenthum oder Christenthum.

einmal durchaus privilegirt werden sollten, nicht so gut gehabt. Deshalb nahm der Baier'sche Entwurf, um sicher zu gehen, dem Richter dieses Geschäft ab, namentlich in Anbetracht, „daß, wenn auch jener Zustand der halben Sinnenverwirrung nicht äußerlich erkennbar hervortrete, er doch möglicherweise, wie oft der Fall sey, vorhanden seyn könne" — ein Prinzip, welches, von dem Richter nach diesem Vorbilde des Gesetzgebers auf andere Fälle angewendet, die ganze Lehre von der Zurechnung und den mit ihr zusammenhängenden Milderungsgründen von Grund aus zerstören würde.

Und gleichwohl, was geschah? Der Gesetzgeber wollte einmal den Kindsmord, und zwar in viel höherem Maaße als die P. G. O., privilegiren, konnte aber in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis, die nach allen Seiten hin in Betreff des Grundes (oder der Gründe) der milderen Beurtheilung und des daraus abzuleitenden Begriffs und Thatbestandes des Kindsmordes schwankte, keinen festen Boden gewinnen [34]), und war daher froh, einen neuen, aller gewünschten Consequenzen (d. h. der möglichsten Privilegirung dieses Verbrechens) fähigen Grund entdeckt zu haben, den man nur etwas weniger grell als in den gedachten Motiven zu coloriren brauchte, um endlich zu einem festen Ruhepunkte zu gelangen, und die langher ererbten Controversen mit einemmale abzuschneiden.

---

34) Das s. g. Juristenrecht setzt nur zu oft den Gesetzgeber in diese Verlegenheit, so viel sich auch unsere Rechtslehrer darauf einbilden. Daß das Recht überhaupt Juristenrecht in dem Sinne sey, daß es in die ausschließlichen Hände der Juristen gerathen, also dem Volk und Volksbewußtseyn nicht nur entzogen, sondern diesem selbst unfaßlich geworden ist, muß zwar zugegeben werden, dient aber eben so wenig zur Empfehlung der Juristen, wie der Sache.

Während noch das Baier. Str. G. v. J. 1813 im Sinne der früheren Doctrin das Hauptgewicht auf „Rettung der Geschlechtsehre" legt (Anm. zum Baier. Str. G. B. Th. 2. S. 32.), und deshalb eine Kindsmörderinn, welche als öffentliche Hure gelebt, oder schon wegen Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft eine Strafe erlitten hat, mit Kettenstrafe, und wiederholten Kindsmord mit dem Tode bedroht, und auch das Hannover'sche Str. G. B. Art. 233, von dem gleichen Standpunkte ausgehend, verlangt, daß „die Niederkunft heimlich und hülflos" war, und bei Wiederholung und Rückfall die Strafe bis zu lebenslänglichem Zuchthause beziehungsweise bis zur Todesstrafe steigert — während diese Gesetzgebungen doch noch streng, zum Theil sehr streng sind, hab'en andere Gesetzgebungen, welche der Ansicht der Baier'schen Motive v. J. 1827 gefolgt sind, (eben deshalb) nicht nur den Thatbestand dieses Verbrechens beträchtlich erweitert, so daß die mildere Strafe desselben öfter eintritt, als nach jenen Gesetzgebungen, sondern daneben auch die Strafe mehr oder minder bedeutend herabgesetzt.

So gründen die Motive zum Sächsischen Str. G. B. die verminderte Strafbarkeit des Kindsmordes „vorzüglich auf den aufgeregten, auf die Geistesthätigkeit heftig einwirkenden Zustand, in welchen eine Gebährende durch den Geburtsact versetzt werde. Deshalb habe es nöthig geschienen, einen Termin festzusetzen, bis zu welchem die gewaltsame Aufregung zu einer Entschuldigung der verübten verbrecherischen Handlung zu gereichen vermöge, und zwar mit dem Baier'schen Entw. v. 1827 bis zu 24 Stunden, weil in der Regel bis dahin ein solcher aufgeregter Zustand angenommen werden könne. (Vgl. das Sächs. Str. G. B., bearbeitet von einem practischen Rechtsgelehrten

S. 94.) Hiernach kommt es weder auf die Beschaffenheit des Rufs der Mutter, noch auf Verheimlichung der Schwangerschaft an; ja das Leben der Mutter als notorische Hure ist (und konnte es consequenterweise auch nicht) nicht einmal als Straferhöhungsgrund innerhalb der Strafrahme von (nur) 4 Jahre bis 15 J. Zuchthaus II. Grades bezeichnet, wobei das Minimum von 4 Jahren Zuchthaus insbesondere „mit Rücksicht auf ganz junge Personen, und wenn die Tödtung, wie oft der Fall sey, nur durch Unterlassen bewirkt wurde", motivirt wurde, obwohl vorsätzliches Unterlassen hier eben so strafbar ist, als vorsätzliches rechtswidriges Thun, und überhaupt bei denjenigen Verbrechen, welche auf die eine oder auf die andere Weise verübt werden können (Tödtung, Körperverletzung, Kuppelei ꝛc.), kein Richter das pflichtwidrige Unterlassen milder als das rechtswidrige Thun beurtheilen wird. Aber bei Kindsmörderinnen müssen alle, auch noch so unhaltbare Gründe zu deren Privilegirung herhalten. Wenn eine eheliche Mutter, auch noch so jung, ihr Kind durch vorsätzliche Unterlassung der Unterbindung der Nabelschnur, durch Verweigerung der Nahrung ꝛc. tödtet, so mildert dies ihre That als Mörderinn um nichts; aber bei der unehelichen Mutter, welche das gleiche thut (wie wenn sie hier barmherziger, oder weniger unmenschlich wäre) kann dies die Strafe bis auf nur 4 Jahre Zuchthaus herabsetzen!

Auch die Motive zu dem Baden'schen Entw. S. 62. stützen die mildere Strafe des Kindsmordes „hauptsächlich darauf, daß die Geburt regelmäßig von einer, aus physiologischen Ursachen erklärlichen Erregung des Gemüths begleitet sey, in welcher die hülflose Lage einer ehelichen Mutter, das Gefühl der Schande, die trübe Aussicht in die Zukunft um so stärker wirkten", womit ausgesprochen scheint, daß die hülflose Lage der Mut-

ter (ihre moralische und äußere Bedrängniß) für sich allein zur milderen Bestrafung des Kindsmordes nicht ausreiche, dieselbe aber durch die regelmäßig (?) eintretende, physische und psychische Exaltation der Mutter gesteigert werde, und in sofern erst strafmildernd in Betracht komme. Auch hier verhält es sich hinsichtlich des Thatbestandes, wie oben, und die Strafe ist bei Vorbedacht 6—15 J., ohne Vorbedacht 3—8 Jahre Zuchthaus; im Falle der Wiederholung mindestens 10 J. Zuchthaus.

Das Großh. Hessische Str. G. B., Art. 258—59, setzt hingegen für den Begriff eines neugebornen Kindes keine 24stündige Frist fest, wie das Sächsische und Baden'sche Str. G. B., und droht für den Fall des Vorbedachts 10—16 Jahre, ohne Vorbedacht 4—10 J. Zuchthaus an, wobei hinsichtlich der Zumessung dieser Strafen besonders „auf den durch den Geburtsact, oder durch äußere Umstände mehr oder weniger gestörten Gemüthszustand", so wie „auf die mehr oder minder günstige Aussicht der Mutter, das Kind ernähren zu können", endlich „darauf, ob die Mutter bereits früher, und wie oft außerehelich geboren hat", Rücksicht genommen wird, endlich es als Erschwerungsgrund gelten soll, wenn die Thäterin als öffentliche Hure[35]) lebte. Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich, daß das Großh. Hessische Str. G. B. wenigstens nicht das Hauptgewicht auf die oben s. g. Manie oder Geistesverwirrung der Mutter legt, sondern auch die bedrängte Lage derselben in gleichem Maaße berücksichtigt. Sonst hätte das „neugeborne Kind" näher bestimmt werden müssen, wäh-

35) Darunter ist doch wohl nicht nothwendig eine polizeilich privilegirte zu verstehen? Lebt sie aber öffentlich als solche, wie duldet es die Polizei, wenn sie keine Erlaubnißkarten dazu ausstellt?

rend nach beiden Momenten zugleich es auf den Ruf der Mutter nicht wesentlich ankommen kann, noch Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft, oder auch nur der einen oder andern, zum Thatbestande dieses Verbrechens gehören kann.

Hingegen das Württemb. Str. G. B. steht ganz auf dem modernen Standpunkte, und ist von diesem aus eben so consequent wie das Sächsische und Baden'sche Str. G. B. Dasselbe (Art. 249.) nennt einfach als Subject eine Mutter, die aber näher bestimmt wird durch das Object, nämlich ein uneheliches neugebornes (oder in der Geburt getödtetes) Kind, d. h. welches nicht über 24 Stunden alt ist, ohne den Ruf der Mutter irgend zu berücksichtigen (denn auch eine Hure, sagen die Baierschen Motive, ist ein Weib und den Gesetzen des weiblichen Organismus unterworfen), und der Verheimlichung der Schwangerschaft rc. zu erwähnen, weil alle diese Momente von jenem Standpunkte aus ohne Gewicht sind. Ja es würde die mildere Strafe selbst in dem (wenigstens gedenkbaren) Falle nicht ausgeschlossen seyn, wenn die Mutter im Beiseyn Dritter von der Geburt überrascht wurde und in deren Gegenwart, also gleichsam öffentlich (wenigstens nicht heimlich) ihr neugeboren Kind tödtete, z. B. aus Haß gegen den Verführer, oder um bei gänzlicher Nahrungslosigkeit eine sichere Zufluchtsstätte im Zuchthause zu finden rc.

Die Motive zum Württemb. Entw. S. 216 fg. äußern sich hierüber dahin: „Es sey zwar eine der begutachtenden Stellen der Ansicht, daß sie in den Begriff des Kindsmordes, als Bedingung der Anwendbarkeit der gesetzten milderen Strafe, die Verheimlichung der Schwangerschaft (und der Niederkunft) aufzunehmen sey, weil das Hauptmotiv der Thäterin, Rettung der Geschlechtsehre, und die Furcht, durch das Bekannt-

werden ihres Fehltritts in eine bedrängte Lage zu kommen, nur unter jener Voraussetzung zutreffe; und wenn man (mit den Baier'schen Motiven) den Kindsmord hauptsächlich bloß wegen des weiblichen Organismus und wegen der Natur der Schwangerschaft und des Gebährungsacts milder bestrafen wollte, am Ende alle Verbrechen der Schwangeren (der Gebährenden, oder erst geboren habenden)[36], und jedenfalls der von der ehelichen Mutter begangene Kindsmord, auch gelinder gestraft werden müßten[37]. Allein man habe dieser Gründe ungeachtet jenem Antrage keine Folge geben können. Wenn auch gewisse Beweggründe den Gesetzgeber veranlaßten, eine gesetzliche Bestimmung zu geben, so wäre es doch bedenklich, zu verlangen, daß auch in jedem einzelnen Falle das Vorhandenseyn dieser Beweggründe nachgewiesen werde[38]; namentlich könnte im gegenwärtigen Falle leicht eine Aufmunterung zur Verheimlichung der Schwangerschaft, und hiedurch eine Beförderung des Kindsmordes, in einem solchen Erfordernisse des Gesetzgebers liegen[39]. Ueberdies bleibe doch immer der hauptsächlichste Grund der fraglichen Strafmilderung: die verminderte Zurechnung

36) z. B. Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Verläumdung, Mißhandlung ꝛc.

37) Richtig bemerkt und wiederholt von Wächter im Crim. Archiv 1835. S. 85 fg. Auch Henke hat nach dem Obigen (§. 3.) beides erinnert.

38) Damit soll in Beziehung auf Rettung der Geschlechtsehre der Satz: leges generaliter constituuntur, ausgesprochen werden.

39) Dies heißt doch mit der Aengstlichkeit in der Criminalpolitik weit gehen! Hat denn das bisherige Recht, was hier verlassen werden soll, solche Erfahrungen gelehrt? Und darf man erwarten, es werde jetzt der Kindsmord seltener verübt werden, weil die Geschwängerte kein Interesse mehr daran habe, ihre Schwangerschaft zu verbergen?

der in jenem Zustande befindlichen Personen. Mögen auch, wenn der Fehltritt der Gebährenden schon bekannt sey, einige Momente (der Milderung) wegfallen, so seyen doch noch genug andere vorhanden, welche im Zustande physischer Spannung eine Exaltation des Gemüths bewirken können, die zu dem Verbrechen hinreiße. Namentlich gehöre dahin die Sorge für die Zukunft, die Erwägung der Hülflosigkeit der eignen Lage und der des Kindes, die Furcht wegen des Kindes keine Versorgung zu finden [40]).

Hinsichtlich der Zeitbestimmung von 24 Stunden für ein neugebornes Kind verweisen die Motive auf die Gründe des Baier. Entw. v. J. 1827, welche hier erst das rechte Licht geben. Dort heißt es nämlich: „Man hätte zwar, wie angerathen worden, einen allgemeinen Satz, z. B. den geben können: eine Tödtung ist für Tödtung eines neugebornen Kindes zu halten, wenn sie in demjenigen Zustande vollzogen worden, in welchem der durch die Niederkunft verursachte Nervenreiz und geistige Zustand der Gebährenden noch angedauert hat. Allein obgleich ein solcher Satz den wahren Geist des Gesetzes vollkommen zu bezeichnen geeignet wäre, so habe man sich ihn doch nicht aneignen können, weil dann alles von dem wirklichen Thatbestande, daß eine wirkliche Geistesverwirrung vorhanden gewesen, und noch fortgedauert habe, abhängig gemacht würde, während das Gesetz im Ganzen seine mildere Strafbestimmung schon von der Möglichkeit

40) Indem hier zu der physischen und psychischen Exaltation der Mutter noch einige, dieselbe steigernde Momente hinzugefügt werden, soll damit Wächter's Argumentation widerlegt werden. Allein die Fristbestimmung von 24 Stunden ergiebt, daß das Hauptgewicht vielmehr auf jenem Momente beruht. Sonst müßten die 24 Stunden, wie in dem Hessischen Str. G. B., fehlen.

eines solchen Zustandes habe abhängig machen wollen. Wäre der Mangel [41]) oder die Minderung der Zurechnungsfähigkeit ganz gewiß, dann hätte das Gesetz nicht nöthig, durch eine gelindere Strafbestimmung erst nachzuhelfen [42]), da für diesen Fall schon eine allgemeine Bestimmung vorhanden sey. Hiezu komme, daß man sogar die Aerzte durch die Frage: ob in dem Zeitpunkte der Tödtung des Kindes, z. B. 8 bis 12 Stunden nach der Niederkunft der Nervenreiz und die Geistesverwirrung bei der Thäterin noch vorhanden gewesen sey, nicht anders als in die Verlegenheit setzen würde, gar nichts antworten zu können. Denn die Antwort setze nothwendig Beobachtung der Gebährenden nach der Geburt voraus, diese habe aber, wie es immer zu geschehen pflege (vgl. indeß Bauer's Strafrechtsfälle, Th. 3. S. 206.), aller Beobachtung sich absichtlich und sorgsam entzogen [43]). Man habe daher einen Zeitraum — von 24 Stunden — angenommen, welchen die durch die Geburtsschmerzen veranlaßte Nervenreizung und Geisteszerrüttung [44]) nach allen Erfahrungen

---

41) Dieser (der Mangel an Zurechnung) gehört doch nicht hieher!

42) Allerdings kann man dieß ein „nachhelfen" nennen. Unwillkürlich wird man dabei an jenen Defensor in Frankreich erinnert, welcher eine, einige Monate nach der Entbindung stehlende Frau durch Berufung auf unwiderstehliche Gelüste der Schwangeren durchzuhelfen suchte. „Denn es ließen sich auch nachfolgende Gelüste denken, und wer könne die Wunder der menschlichen Natur ergründen?"

43) Solche Schwierigkeiten kommen ja aber auch sonst oft genug vor, und gleichwohl wissen die Aerzte darauf zu antworten — oft viel mehr, als man von ihnen wissen will.

44) Bisher war doch nur von Geistesverwirrung die Rede. Jetzt wird dieselbe zu einer Geisteszerrüttung. Was würden die Chinesen dazu sagen, wenn sie dies erführen? Sie würden antworten: das hätten sie schon vor 2000 Jahren gewußt, und deshalb sey der Kindsmord auch niemals bestraft worden

entweder niemals, oder doch höchst selten übersteige."

Auf diese Gründe verweisen die Motive zum Württemb. Str. G. B., machen sie daher zu den ihrigen. Ist dies aber der Fall, wie konnten dieselben später sagen: der Entwurf bedrohe den Kindsmord, statt der bisherigen Todesstrafe, nur mit Zuchthaus, theils in Erwägung der aus der Natur des menschlichen Organismus und des Gebährungsactes hervorgehenden besonderen Aufregung und daher abgeleiteten „beschränkten Zurechnungsfähigkeit", theils und hauptsächlich in Betracht der eigenthümlich bedrängten Lage der unehelich Schwangeren und Gebährenden — Rücksichten (auch die erste?), welche schon seit einer Reihe von Jahren durch Milderung der gesetzlichen Strafe im Gnadenwege Geltung erhalten hätten.

Diese Aeußerung der Motive widerspricht sich. Ist es hauptsächlich die bedrängte Lage der Mutter, welche mildernd wirkt: wie in aller Welt sollte diese nur 24 Stunden nach der Geburt währen können? Ist hingegen „verminderte Zurechnung" in Folge des Acts des Gebährens der Grund der milderen Beurtheilung, so bedarf es daneben keiner anderen Momente, am wenigsten eines Hauptmoments; und soll die bedrängte Lage der Mutter dieses Hauptmoment seyn, so wird dadurch die verminderte Zurechnung für ein Nebenmoment erklärt, was allen Rechtsgrundsätzen widerspricht.

Welche solide Grundlage aber das Württemb. Str. G. B. durch diese Aneignung der Ansicht der Baierschen Motive erhalten habe, ergiebt sich aus der Schlußbemerkung der letzteren, welche so lautet:

„Auf die gegen diese Zeit- und Zahlenbestimmung erhobenen Bedenken könne man keinen großen Werth legen. Denn es ließen sich nur zwei Fälle denken. Entweder es

sey bei der Kindsmörderin in dem Zeitpunkte, wo sie innerhalb der 24 Stunden ihr Kind getödtet habe, eine Geisteszerrüttung wirklich nicht, oder nicht mehr vorhanden. Oder sie habe sich nach Verlauf von 24 Stunden, wo sie ihr Kind getödtet habe, erwiesen in einer Geisteszerrüttung befunden [45]). In jenem Falle möge es, wenn sie auch als Mörderin an sich höhere Strafe verdient hätte, bei der gelinderen Strafe aus (man denke!) Humanität bewenden; die Strafe von 15 J. Zuchthaus (das Minimum des Entwurfs) sey immerhin eine Strafe von Bedeutung, und es sey unter allen Umständen besser, daß das Gesetz in solchen Dingen etwas zu wenig, als daß es zu viel thue [46]), was kein Gutmachen mehr zulasse [47]). Im andern Falle hingegen lasse es sich nicht bezweifeln, daß die Mörderin, wenn es bewiesen sey, daß sie (nach 24 Stunden) wirklich in Sinnenverwirrung die That vollbracht habe, ohnehin nicht mit der Strafe des Mordes belegt werden könne, sondern mit einer milderen Strafe zu belegen sey, indem was andern Mördern zukomme, auch der Kindsmörderin zukommen müsse" (was, wie sich weiter unten ergeben wird, mehrere neuere Gesetzgebungen, welche der Ansicht der Baier'schen Motive folgen, zu einem besondern Zusatze zu der Fristbestimmung von 24 Stunden veranlaßt hat).

---

45) Wie läßt sich aber hier ein „erwiesen" denken, da ja die Aerzte in die Verlegenheit kommen sollen, — gar nichts antworten zu können? Oder soll diese Verlegenheit nur eintreten bis zu 24 Stunden nach der Geburt, aber schon eine halbe oder viertel Stunde über diese Zeit hinaus aufhören?

46) Das „zu viel" ist hier — die verdiente schwerere Strafe (Todesstrafe).

47) Denn müßte man die Todesstrafe überhaupt aufheben.

Mit dieser neuen Grundlage des Württemb. Entwurfs konnte sich indeß schon die Commission der 2ten Kammer nicht befreunden. Sie meinte (Comment. zum Württemb. Str. G. B., 3. Th. S. 197 fg.), es lasse sich weder eine Unmöglichkeit behaupten, den Zustand der Gebährenden (innerhalb 24 Stunden nach der Geburt) zu beurtheilen; noch lasse es sich rechtfertigen, durch eine willkürliche Bestimmung die Nothwendigkeit herbeizuführen, zu gelinde Strafen zu erkennen; ferner sey die Fiction einer Geistesverwirrung wenn in einem gegebenen Falle gerade das Gegentheil erwiesen vorliege, anstößig; und endlich wenn ein Termin von 24 Stunden festgesetzt werde, so könne Eine Stunde mehr oder weniger über Leben und Tod der Angeschuldigten entscheiden. Die Commission beantragte daher, diese Bestimmung wegzulassen, wobei es sich von selbst verstehe, daß der Richter auf die wirklich vorhandene verminderte Zurechnung (Art. 98.), sey es innerhalb oder nach 24 Stunden, strafmildernde Rücksicht nehmen werde.

Die Staatsregierung in dem Justiz-Minist.-Vortrage vom 17. Jan. 1838 (das. S. 199.) wollte dies aber nicht zugeben, weil es bedenklich wäre, ohne nähere Anhaltspunkte [48]) das richterliche Ermessen über Tod oder Leben entscheiden zu lassen. Hiezu komme, daß der Zustand körperlicher und geistiger Aufregung, in welcher sich die Gebährenden zu befinden pflegen, und der übrigens nicht den einzigen (aber doch mit Rücksicht auf den vorgeschlagenen Termin alleini-

48) Dann müßte man — den ganzen Art. 98, welcher nach der Ansicht der Commission hier maaßgebend seyn soll, streichen. Aber dieser reicht, wenn der Kindsmord außerordentlich privilegirt werden soll (und von dieser petitio principii geht eben der Entwurf aus), zu diesem Behuf lange nicht hin.

gen) Grund der milderen Beurtheilung des Kindsmordes bilde, nach der Erfahrung gewöhnlich nicht über 24 Stunden andauere. Sollte aber jener Zustand bei einer Mutter, welche ihr über 24 Stunden alt gewordenes uneheliches (weshalb nicht auch eheliches?) Kind getödtet habe, ausnahmsweise auch da noch fortgedauert haben, so könnte (müßte) wegen verminderter Zurechnung (die aber hier bewiesen seyn müsse) der Art. 98. (92. des Entw.) in Anwendung kommen. Damit in Verbindung steht die Aeußerung der Motive zu Art. 250. (das. 232.), daß, wenn bei einer ehelichen Mutter, welche ihr eheliches Kind während der Geburt (warum nicht auch nach derselben, es sey innerhalb oder nach 24 Stunden?) tödte, das Nervensystem durch den Act des Gebährens so sehr gereizt worden, daß ihre Zurechnung gemindert war, die allgemeine Bestimmung des Art. 98. auch für sie eintreten würde.

Somit beruht die mildere Strafe des Kindsmordes (15—20, bezieh. 10—15 Jahre Zuchthaus) hauptsächlich oder zunächst auf einer erweiterten, oder gesetzlich fingirten Anwendung des Art. 98, wie das Merkmal: „neugebornen", die hiefür festgesetzte Frist von 24 Stunden und die Nichtberücksichtigung theils des Rufs der Mutter, theils der Verheimlichung ihrer Schwangerschaft und der Niederkunft unzweifelhaft ergeben, während allein das Merkmal: „unehelich" auf Rechnung der damit concurrirenden bedrängten Lage der Mutter fällt, wie dies auch aus den Motiven zu Art. 250. Ziff. 1. (das. 232.) erhellt, obgleich nach dem Obigen auch die ehelich gebährende Mutter durch die Geburt in eine hart bedrängte Lage kommen kann, und dann zu ihren Gunsten gleichfalls eine verminderte Zurechnung fingirt werden sollte. Der Art. 98. spricht aber von „einem so hohen Grade von Blödsinn oder Verstandesschwäche, daß die gesetzliche

Strafe auch in ihrem geringsten Maaße im Mißverhältniß stehen würde". Sollen nun die Worte: „Blödsinn oder Verstandesschwäche" dasselbe ausdrücken (was aber freilich nicht der Fall ist), so bestände der Hauptgrund der milderen Beurtheilung des Kindsmordes nach dem Würtemb. Str. G. B. in einem fingirten halben Blödsinn der unehelich Gebährenden, während die Motive zum Baier'schen Entwurfe sich auf eine fingirte (halbe) Manie stützen.

In der That eine merkwürdige Grundlage, wonach die Sache jetzt so steht: Tödtet 1) eine uneheliche Mutter ihr Kind während, oder binnen 24 Stunden nach der Geburt, so wird zu ihren Gunsten, sie mag sich in einer bedrängten Lage befunden haben oder nicht, eine auf halben Blödsinn oder halber Manie beruhende, verminderte Zurechnung fingirt, und je nachdem sie mit Vorbedacht oder Nichtvorbedacht handelt, mindestens auf 10, bezieh. 8 Jahre Zuchthaus erkannt; thut dies hingegen 2) eine eheliche Mutter, so muß der Beweis einer solchen verminderten Zurechnung (Art. 98.) hergestellt seyn, wenn sie nicht zum Tode verurtheilt werden soll, sollte sie sich auch erweislich in einer außerordentlich bedrängten Lage befunden haben, und diese das Motiv ihrer Handlung gewesen seyn. Denn auf dieses concurrirende Motiv wird nur zu Gunsten der Sittenlosigkeit Rücksicht genommen, welche eine „Schande durch ein unmenschliches und unchristliches Verbrechen verdecken will", wie sich die P. G. O. vom J. 1532 ausdrückt. Wenn endlich 3) eine uneheliche oder eheliche Mutter nach Ablauf von 24 Stunden seit der Geburt das neugeborne Kind tödtet, so stehen sich beide darin gleich, daß a) auch die bedrängte Lage jener nicht weiter berücksichtigt wird, und b) der

Beweis der verminderten Zurechnung sowohl dort als hier verlangt wird.

Ist damit diese Lehre wohl irgend besser geworden, als sie es bisher war? Und stellt sich die Sache nicht vielmehr so dar, daß man, in Anbetracht der bisherigen ungenügenden Gründe nach einem neuen, aber wo möglich noch ungenügenderen Grunde gegriffen hat, nur um — was einmal sich von selbst verstehen soll — den Kindsmord möglichst privilegiren zu können, statt daß dies umgekehrt zu der Frage hätte führen sollen, ob er es auch wirklich verdiene? Daß auch die übrigen Gesetzgebungen, welche von dem gleichen Hauptgrunde ausgehen, eben so angelegt sind, ergiebt sich z. B. aus dem Baden'schen Str. G. B., Art. 216, wo es heißt: „Die nämlichen Strafen treten ein, wenn es sich in dem einzelnen Falle, wo das Verbrechen erst nach Ablauf von 24 Stunden verübt wurde, ergiebt, daß der besondere geistige und körperliche, die Zurechnung bei diesem Verbrechen vermindernde Zustand der Gebährenden noch fortgedauert hatte." Analog muß dies auch auf die eheliche Mutter angewendet werden, und dies versteht sich nach dem Württemb. Str. G. B. ebenfalls von selbst; oder, wie man auch sagen kann, der Art. 98. desselben ist auf diesen Fall, so wie auf den so eben bezeichneten des Baden'schen Str. G. B., im Sinne des Art. 249. (d. h. nach den dortigen Strafansätzen) anzuwenden, wenn beide Momente, verminderte Zurechnung und bedrängte Lage, bei der ehelichen Mutter zutreffen. Allgemeiner, nämlich in Beziehung auf eheliche und uneheliche Mütter zugleich, drückt sich hingegen der Art. 149. Abs. 2. des Braunschw. Str. G. B. so aus: „Die nämlichen Strafen treten ein, wenn das Verbrechen nach Ablauf von 24 Stunden verübt ist, und sich ergiebt, daß der besondere geistige und körperliche, die

Zurechnung mindernde Zustand der Thäterin noch fortgedauert hat", was nach dem Obigen auffallen muß, da die Motive zu diesem Gesetzbuche diesen Grund (verminderte Zurechnung) gar nicht geltend machen, sondern sich auf andere, zum Theil eben so bedenkliche Gründe stützen. Es sollte dadurch eben nur das Schroffe der Zeitbestimmung, von welcher Tod oder Leben der Angeschuldigten abhängt, ausgeglichen werden.

Nun sollte man meinen, daß durch Zuchthaus von 4—15 Jahren (Sächsisches Str. G. B.), 6—15, beziehungsweise 3—8 J. (Baden'sches Str. G. B.), 10—20 J. (Hannov. Str. G. B.), 15—20, bez. 10—15 J. (Württemb. Str. G. B.), Zuchthausstrafe [49]) von 2—10 J. (Braunschw. Str. G. B.), oder Zuchth. von 10—15, bezieh. 4—10 J. (Hessisches Str. G. B.) — wobei die Minima von 2, 3, 4, 6 auf 10, 15 aufsteigen, welche letzteren dort schon die Maxima bilden [50]) — dem zu privilegirenden Kindsmorde mehr als genügend Rechnung getragen werde. Allein weit gefehlt! Unter gewissen Voraussetzungen geht es noch tiefer herab.

Da der Kindsmord einmal außerordentlich privilegirt werden sollte, obgleich die Gründe dazu gar nicht taugten, so benutzte man zu diesem Zweck außerdem noch eine Thesis der älteren, nur auf Umgehung der von der P. G. O. angedrohten Todesstrafe berechneten, Doctrin und Praxis, nämlich den, daß zum Thatbestande des Kindsmordes Lebensfähigkeit des getödteten Kindes gehöre (§. 2.), so daß, wenn alles sonst vorhan-

---

49) Für die uneheliche, dagegen für die eheliche Mutter Kettenstrafe nicht unter 10 J.

50) Kein erfreuliches Zeichen der legislativen Fortschritte in Deutschland in Beziehung auf den Maaßstab der Strafe! Aber leider steht es fast bei allen Verbrechen so.

den und erwiesen sey, nur auf die Strafe des beendigten Versuchs (conatus perfectus) [51]) dieses Verbrechens zu erkennen sey. So bestimmt das Sächsische Str. G. B., Art. 126: „Ist jedoch mit Gewißheit oder großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß das lebend geborne Kind nicht lebensfähig war, so ist die .... Strafe (4—15 J. Zuchthaus 2ten Grades) auf die Hälfte (also 2—7 1/2 J.) herabzusetzen". Aehnlich das Braunschw. Str. G. B., Art. 149: „Tödtung eines nicht lebensfähigen Kindes ist als beendigter Versuch des Kindsmordes zu bestrafen". Ferner das Baden'sche Str. G. B., Art. 219: „Ergiebt sich, daß das getödtete Kind wegen zu früher Geburt oder besonderer Mißbildung das Leben außer dem Mutterleibe fortzusetzen unfähig war ... so tritt (statt Zuchthaus) Kreisgefängniß- oder Arbeitshausstrafe ein". Desgleichen das Hannover'sche Str. G. B.: „War das Kind erweislich, oder höchst wahrscheinlich lebensunfähig, so soll auf die Hälfte der Strafen (also 5—10 J. Zuchthaus) erkannt werden". Ferner das Großh. Hessische Str. G. B., Art. 260: „Ergiebt sich, daß das getödtete Kind wegen zu frühzeitiger Geburt oder besonderer Mißbildung das Leben außer (dem) Mutterleibe fortzusetzen unfähig war, so tritt statt der im Art. 259. bestimmten Strafen (Zuchthausstrafe von 10—16, beziehungsweise 4—10 J.) Correctionshausstrafe ein, und zwar von 2—8 Jahren, beziehungsweise von 6 Monaten bis zu 4 Jahren".

Bei dieser Halbirung der Strafe, welche einige Gesetzgebungen festsetzen, wird man unwillkürlich an ein

51) So besser als *delictum* perfectum. In Württemberg hört man öfter von einem vollendeten Versuch reden, in dessen Gegensatz die zweite Stufe dann versuchter (oder angefangener) Versuch zu nennen wäre.

halbes und ein volles Verbrechen des Kindsmordes erinnert; und wenn andere Legislationen der Nichtlebensfähigkeit des Kindes das Herabsinken auf eine niederere Strafart (Art der Freiheitsstrafe), selbst bis auf sechs Monate Correctionshaus als rechtliche Wirkung beilegen, so darf man mit Zuversicht erwarten, daß nun nicht mehr in der Privilegirung dieses Verbrechens geschehen werde. Die laxe Ansicht unserer Zeit über außereheliche Schwängerung und Kindsmord (desgleichen Kindsabtreibung und Kindsaussetzung) hat damit ihren Culminationspunkt erreicht.

Dürfte das Württemb. Str. G. B. hinter dieser Aufklärung zurückbleiben? Schon die Motive zu dem Württemb. Entw. (vgl. Commentar, Th. III. S. 191, 192.) erklärten es für „zweifelhaft, ob nicht Lebensfähigkeit des Kindes in den Begriff des Kindsmordes aufzunehmen sey. Da indeß bestimmte Merkmale, wann das Kind die Fähigkeit, das Leben fortzusetzen, habe, auf eine allgemein gültige und allgemein erkennbare Weise sich nicht geben ließen [52]), und da bei Tödtungen überhaupt der Grundsatz gelte, daß auch an Sterbenden und Todkranken ein Mord begangen werden könne (Art. 235, 239 fg.), so habe man geglaubt, die Lebensfähigkeit nicht zum Begriff des Kindsmordes erfordern zu sollen, sondern solche (wie das Oesterr. Str. G. B. Art. 122, der *Code pénal* Art. 300, und der Baiersche Entw. Art. 245.) stillschweigend ausschließen zu können".

---

52) Auf solche untergeordnete Momente wird überall großes Gewicht gelegt! Statt der richterlichen Beurtheilung zu trauen, soll immer etwas Handgreifliches gegeben werden. Darum so viele Zahlenbestimmungen in dem Str. G. B., die den Richter in die größte Verlegenheit bringen können, und ihm das Rechtsprechen nicht einmal erleichtern.

Die Commission der K. d. A. erklärte sich damit einverstanden, obwohl es gegen das bestehende Recht sey (weil nämlich jetzt die Todesstrafe für den Kindsmord ganz aufgehoben werden solle, es also nicht mehr jenes Nothbehelfs zur Umgehung des Buchstaben des Gesetzes — der P. G. O. — bedürfe). Hingegen in der K. d. A. trennte man den bisherigen Begriff der Lebensfähigkeit, in der Weise, daß zum Thatbestande des Kindsmordes zwar physische Reife, d. h. Fähigkeit des Kindes außer dem Mutterleibe sein Leben fortzusetzen, erforderlich sey, dagegen auf äußere oder innere organische Fehler (organische Mißbildungen), in deren Folge das Kind ohnehin hätte sterben müssen, keine Rücksicht genommen werden könne — weil dies zu weit führen würde. (Commentar a. a. O. S. 210—211.) An inneren Gründen für diese Unterscheidung fehlt es freilich ganz und gar [53]); allein wenn die 1ste Kammer den von der 2ten Kammer beschlossenen Zusatz: „Ergiebt sich, daß das Kind wegen zu frühzeitiger Geburt das Leben außer dem Mutterleibe fortzusetzen unfähig war, so treten die Grundsätze des Versuchs ein", darum, und nur darum verwarf, „weil derselbe in seiner Anwendung zu viele Schwierigkeiten darbieten würde", so muß man sich über diesen Grund noch mehr verwundern [54]). Auch äußerte die Regierung in dem Justizminist.=Vortrage vom 23. Mai 1838 zur Beruhigung der K. d. St. (ohne aber deren Urtheil vorgreifen zu wollen) hierauf, daß, da von organischen Mißbildungen hier nicht die Rede sey, sondern nur von der Reife des Kindes, dieses Merkmal den Gerichten hinsichtlich der Beweisführung keine so großen Schwie=

---

53) Vgl. die Motive zum Braunschw. Str. G. B. S. 273.

54) Eine Zusammenstellung der legislativen Gründe und Motive der Kammer der Standesherren über die neuesten strafrechtlichen Entwürfe würde eben so pikant als zeitgemäß seyn.

rigkeiten bereiten würden. Denn, wenn auch die Leichenschau nicht möglich seyn sollte, so werde es dem Richter an anderweitigen Mitteln, sich über das Merkmal der Reife Gewißheit zu verschaffen, nicht fehlen. Diese Aeußerung beruhigte die 1ste Kammer um so mehr, da es sonst oft genug vorkam, daß auch die Regierung manchen Vorschlägen zum Besseren nur um der Schwierigkeit des Beweises willen entgegentrat, und es ungern sah, daß mehrere um dieser Thesis willen von ihr in dem Entwurfe aufgestellte, durchgreifende Bestimmungen aufgegeben werden mußten, obgleich ihrer leider noch viel zu viel übrig bleiben! (Vgl. des Verfs. zweiten Beitrag zum Inquisitionsproceß in Jagemann's ꝛc. Zeitschrift für Strafproceß, Jahrg. 1846. Heft 1.)

Somit giebt es jetzt eine volle Vitalität, und eine nur halbe; erstere im Sinne der bisherigen Doctrin und Praxis, welcher alle obigen Gesetzgebungen folgen, und letztere im alleinigen Sinne des Württemb. Str. G. B., Art. 249. Denn in dieser Beziehung (wie in vielen anderen) steht diese Gesetzgebung bis jetzt isolirt, hat indeß damit wenigstens nicht die volle, sondern nur die halbe Hand zur letzten vollständigen Privilegirung des Kindsmordes dargereicht! Aber selbst diese Halbheit zeigt gegenüber der furchtbaren Strenge des Art. 235. Abs. 1.: „oder doch herbeigeführt haben würde ꝛc.", wovon der Art. 248. auf Tödtungen in Raufhändeln nur eine specielle Anwendung enthält (vgl. dagegen die Motive zum Braunschw. Str. G. B. S. 275—77.) — gleichwohl eine sehr bedeutende Privilegirung des Verbrechens des Kindsmordes [55]).

55) Denn nach Art. 235. kann Ein geopfertes Menschenleben 5—6 Todesurtheile zur Folge haben, weil selbst die kürzeste Lebensdauer rechtlich nicht in Betracht kommt.

Fragt man aber nach den Gründen, aus welchen ausnahmsweise bei diesem Tödtungsfalle Vitalität, sey es halbe oder ganze, erfordert werden soll[56]), so läßt sich dafür mehr nicht als ein dunkles Humanitätsgefühl geltend machen, welches hier überhaupt die Stelle zureichender Gründe für eine so außerordentliche Privilegirung dieses Verbrechens vertritt, zufällig unterstützt durch eine, auf ganz anderen, längst nicht mehr zutreffenden Gründen beruhende, gemeinrechtliche Praxis. Denn die bisherige dogmen-geschichtliche Entwickelung hat zur Genüge ergeben, daß Gesetzgeber, Richter und Rechtslehrer in der Verlegenheit nach immer neuen Gründen suchten und griffen, wenn sie auch von ihrer Wahrheit nur halb oder vielleicht noch weniger überzeugt waren, weil es einmal als unzweifelhaft angenommen wurde, daß der Kindsmord nur ein Verbrechen dritter oder gar nur vierter Stufe sey, und die P. G. O. darin nur nicht weit genug gegangen sey, so wenig es auch in ihrer Absicht lag, dieses von ihr so hart gescholtene Verbrechen irgend zu entschuldigen. So entstand eine Irrung aus der andern, die zugleich viel Schwanken in die Bestimmung des Begriffs, des Umfanges und des Thatbestandes dieses Verbrechens brachten. Die neuesten, gewiß nicht befriedigenden, legislativen Resultate liegen jetzt vor uns, und selbst bei diesen zeigt sich eine gewisse Aengstlichkeit, nicht alle Folgerungen aus den willkürlich angenommenen Principen gezogen zu haben. Aber ist es nicht ein verkehrtes Verfahren, von der außerordentlichen Privilegirung des Kindsmordes als unzweifelbarer Thatsache auszugehen, und dann erst die Gründe, worauf dieselbe

---

56) Denn z. B. bei Tödtung neugeborner ehelicher Kinder durch die Mutter tritt die Regel ein, daß es auf Lebensdauer, Lebensfähigkeit 2c. gar nicht ankommt.

geschätzt werden soll, mühsam zusammen zu lesen, und willkürlich so oder anders zu bestimmen?

Es steht diese Erscheinung aber nicht isolirt; sie hängt (um mich des Ausdrucks der P. G. O. zu bedienen) mit der „Leichtfertigkeit“ unserer Zeit in der Beurtheilung von Unsittlichkeiten überhaupt, sollten diese auch noch so sehr an dem Kern des Volks und dem Mark der Familien fressen, zusammen. Während auf diese Weise die Unzuchts-Verbrechen und Vergehen theils an sich, theils in ihrem naturgemäßen Fortschreiten zu anderen schweren (s. g. Rechts-) Verbrechen, als da sind: Kindsmord, Kindsabtreibung, Kindsaussetzung — nicht lax genug beurtheilt werden können, und selbst schwere Verbrechen gegen die Religion kaum noch Ehren halber oder nur versteckt [57]) in manchen neuen Strafgesetzgebungen vorkommen, weil sie mehr der Polizei (Aufklärungspolizei) als dem Rechtsgebiete angehören sollen [58]): findet man dagegen das, was die Gegenwart vorzugsweise bewegt, mit besonderem Nachdruck gewürdigt. So hat politische Aengstlichkeit nicht nur eine Reihe neuer Staatsverbrechen und Staatsvergehen, ja selbst Staats-Polizeiübertretungen geschafft, denen oft kaum eine Beziehung zu dem Staat angemerkt werden kann, sondern sich zugleich in den härtesten Strafbestimmungen (namentlich durch Androhung infamirender Strafen), und in der exceptionellsten Behandlung der wirklichen Staatsverbrechen erschöpft, wie wenn die deutschen Staaten auf einem revolutionären Feuerheerde ständen, —

57) Vgl. des Verfs. politische und unpolitische Staatsverbrechen rc. S. 290, 285—86.

58) Was man dieser s. g. Aufklärungspolizei zu verdanken hat, darüber steht wenigstens jetzt das Urtheil fest, daß durch sie Religion und Kirche zu einer mörderischen Polizeianstalt herabgesunken sind.

welcher, wäre er wirklich vorhanden, durch solche Strafdrohungen, und würden dieselben zehnfach gesteigert, doch nicht bewältigt werden könnte. Diese Aengstlichkeit, ja Furcht, welche die politische Gegenwart bewegt, hat sich in manchen Gesetzgebungen bis zur fixen Idee gesteigert. Kindsmord, Kindsabtreibung, Kindsaussetzung, Ehebruch, Blasphemie ꝛc. sind dagegen nur unbedeutende, möglichst zu schonende Verbrechen.

Was zweitens die Gegenwart vorzugsweise bewegt, sind die materiellen Interessen. Schutz des Erworbenen, und (wenn es einmal keine andere Freiheit geben soll) Freiheit des Erwerbs und des Handels nehmen das Interesse unserer Zeit ganz besonders in Anspruch, und der Strafgesetzgeber ist billig genug, diesen Anforderungen durch Gewährung eines größtmöglichen Schutzes zu entsprechen. Er bedroht daher Verletzungen des Eigenthums, überhaupt der Vermögensrechte, schonungslos mit den schwersten Strafen, und giebt zugleich Betrügereien und Fälschungen im Privatverkehr auf eine Weise frei, daß statt des ehrlichen „auf Treu und Glauben" die Volksmoral bald lauten wird: „auf Untreu und Unglauben". Denn nach dem Satze: licet invicem se circumscribere, soll man dem Handelsverkehr nicht zu enge Fesseln anlegen dürfen, obgleich einer solchen freien Erwerbsfähigkeit unvermeidlich auf der andern Seite ein unfreiwilliger Verlust correspondirt. Nur wenn die sacra majestas des Staats irgend ins Spiel kommt, bringt man selbst unbedeutende Verfehlungen unter den Titel von „Verbrechen gegen öffentliche Treue und Glauben", und schafft dieselben formell gar zu Staatsverbrechen um. Kindsmord, Kindsabtreibung, Kindsaussetzung, Ehebruch, Blasphemie ꝛc. sind dagegen möglichst zu schonende Verbrechen.

Die Volksmoral muß sich daraus nothwendig ihre Lehren ziehen, und diese bleiben schon jetzt nicht aus.

Schließlich nur noch die Bemerkung: Man irrt, wenn man annimmt, daß die P. G. O. schon vor mehr als 300 Jahren das Verbrechen des Kindsmordes privilegiren wollte, indem sie es vielmehr vom Standpunkte ihrer Zeit ganz besonders verabscheute, aber sich doch nicht zu der Volksansicht: „ein unmenschliches Verbrechen verdiene eine unmenschliche Strafe", bekennen konnte, und deshalb die unmenschliche Gewohnheitsstrafe nur für besondere Fälle zuließ. Man irrt daher auch, wenn man annimmt, daß die fortschreitende Privilegirung des Kindsmordes nur auf einer weiteren Entwickelung der schon von der P. G. O. ausgesprochenen Ansicht, daß dieses Verbrechen eine mildere Beurtheilung verdiene, beruhe. Man irrt endlich, wenn man glaubt, nicht nur richtigere Gründe als die P. G. O., sondern auch zureichende Gründe für eine so außerordentliche Privilegirung entdeckt zu haben, wäre vielmehr dankbar, wenn es gelingen sollte, triftigere Gründe für die Bewahrheitung dieses als erwiesen angenommenen, aber erst zu erweisenden Satzes aufzufinden — die es aber nicht giebt. Eben daher können auch die aus den verschiedenen Gründen verschieden abgeleiteten Bestimmungen des Begriffs und Thatbestandes dieses Verbrechens abgeleiteten Bestimmungen nicht genügen. Kurz, das legislative Recht taugt hier eben so wenig als das sogenannte Juristenrecht. Beide haben Fehlwege eingeschlagen.

XI.

Ueber den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens in Europa und Nordamerika, über das Ergebniß der Erfahrungen und die Forderungen, welche an den Gesetzgeber in Bezug auf das System der Freiheitsstrafen gestellt werden können.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Nr. IX. im vorigen Hefte.)

Fragt man, was in dem Königreiche der Niederlande in Bezug auf das Gefängnißwesen geleistet wurde [1]), so bemerkt man, daß die Ansicht von dem Vorzuge der einsamen Einsperrung am meisten verbreitet ist und sowohl von dem Ministerium als von ehrenwerthen Männern der Wissenschaft vertheidigt wird. Insbesondere hatten den Tex und Suringar auf der Frankfurter Versammlung sich entschieden für dies System ausgesprochen, und der Letzte selbst in der Art, daß er keine Beschränkungen, wie sie z. B. das badische Gesetz enthält (auf 6 Jahre), gestatten will, sondern die Einführung der einsamen Einsper-

1) Wir knüpfen an unsere frühere Darstellung im Archiv des Crim. R. 1844. S. 103. an.

rung bei allen Strafgefangenen und für die ganze Strafzeit fordert [2]). Aus einer neuerlichen Bekanntmachung über die Bevölkerung der Gefängnisse in den Niederlanden ergiebt sich eine auffallende Vermehrung [3]). Während in 8 Strafgefängnissen 1836 2401 Gefangene sich befanden, waren es 1845 3007. In den Strafgefängnissen betrug die Zahl der Kranken 1836 1626, und 1845 1664 (unbedeutend, wenn man die Vermehrung der Zahl der Gefangenen erwägt); dagegen nahmen die Sterbefälle sehr zu: 1836 war die Zahl der in den Gefängnissen gestorbenen Sträflinge 73 (64 Männer, 9 Weiber), und 1845 144 (126 Männer, 18 Weiber). Am meisten vermehrte sich die Zahl der wegen Diebstähle Verurtheilten. Im J. 1837 betrug sie 3396, und 1844 4408. Die Regierung hatte in den Gefängnissen manche Verbesserungen eingeführt [4]), sie waren nicht tief eingreifend; man hoffte durch Classification der Sträflinge helfen zu können; allein die Ergebnisse waren nicht günstig, die Verbrechen vermehrten sich; der Justizminister gab in den Generalstaaten zu, daß von 1833 bis 1845 um 43 Procent die Zahl der Gefangenen sich vermehrt hätte. Als der Entwurf des Strafgesetzbuchs von 1844 berathen wurde, schwankten über das Gefängnißsystem eben so die Regierung, wie die Mitglieder der Kammern. Damals sprachen sich schon 33 Mitglieder für die einsame Einsperrung aus [5]); jedoch

---

2) Verhandlungen der ersten Versammlung für Gefängnißreform S. 55—58. und S. 176.

3) Baumhauer in der Zeitschrift Themis 2. Heft. Jahrg. 1847.

4) Eine interessante Sammlung aller niederländischen Gesetze, Verordnungen, Beschlüsse, Instructionen in Bezug auf die Gefängnisse in Niederland s. in dem Werke: Verzameling van Wetten, Decreten, Besluiten betrekkelyck het Gevangniswezen. Leuwarden 1846.

5) Baumhauer in seinem Aufsatze in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung XIX. S. 77.

sollte sie nicht über 12 Jahre dauern. In der Zwischenzeit hatte durch die Schriften von Luraso und Suringar die öffentliche Meinung günstiger für die Isolirung gestimmt, und 1846 wurde ein neuer Entwurf eines Strafgesetzbuchs den Generalstaaten vorgelegt, worin die einsame Einsperrung vorgeschlagen und von dem Minister feurig als die zweckmäßigste Einrichtung vertheidigt wurde [6]). Mit Recht hatte damals Hr. Schoeneveld [7]) den Mangel einer folgerichtigen Durchführung des Pönitentiarsystems in dem Entwurfe nachgewiesen, und gezeigt, daß mit diesem Systeme die gedrohten eben so lange wie nach dem alten Systeme dauernden Freiheitsstrafen, die lebenslängliche Zuchthausstrafe, und die entehrenden Strafen unverträglich seyen. Mehrere Mitglieder hatten sich für die Einführung der Deportationsstrafe statt des lebenslänglichen Zuchthauses ausgesprochen [8]). Bei der Berathung erklärten sich viele Redner gegen das Maximum von 15 Jahren für die einsame Einsperrung; man wollte nicht über 12 Jahre hinausgehen. Bei der Abstimmung wurde der zweite Titel, der das Strafensystem enthält, mit einer Mehrheit von 30 gegen 26 verworfen. Was oft in den Abstimmungen der Kammern vorkommt, trat auch hier ein: die Beweggründe der Verwerfung waren verschieden; einige Mitglieder verwarfen den Titel, weil sie das Pönitentiarsystem nicht consequent genug durchgeführt fanden (diese hatten gewiß Recht); Andere, weil ihnen das Maximum mißfiel. Der Entwurf mußte darnach von der Regierung zurückgenommen werden. Am 8. Februar 1847 wurde von dem Minister ein neuer Entwurf des Gesetzbuches den Generalstaaten vorgelegt. In der Begleitungs-

6) Baumhauer l. c. S. 234 fg. liefert einen Auszug aus der Rede.

7) Zeitschrift S. 249.

8) Zeitschrift S. 259.

schrift (Memorie van toelichting) erklärte der Minister, daß man die Fragen über die Einführung der Deportation einer wiederholten Prüfung unterworfen, und gefunden habe, daß sie keine Billigung verdiene; die einsame Einsperrung sollte bei der Zuchthausstrafe bis 15 Jahre eintreten; man wollte es nicht auf längere Zeit wagen, weil, wie die Motive sagen, keine genügende Sicherheit besteht, daß eine längere einsame Einsperrung ohne Nachtheil für den Geist und die Gesundheit des Gefangenen angewendet werden dürfe. Wir fragen den Hrn. Minister, welche Erfahrungen er dafür hat, daß bis 15 Jahre die absolute Isolirung völlig unschädlich sey. Nach art. 13. tit. II. sollte nach 15 Jahren der Gefangene nur bei Nacht in einsamer Zelle seyn, aber am Tage mit Anderen gemeinschaftlich (jedoch höchstens sollen 10 in einem Saale seyn) arbeiten. Der einsam Eingesperrte soll wenigstens 6 Mal täglich besucht werden. Wir wünschten wohl zu wissen, ob sich die Verfasser des Gesetzes deutlich vorgestellt haben, welcher Art diese Besuche seyn sollen. Die Commission der zweiten Kammer erklärte sich wieder gegen die lebenslängliche Zuchthausstrafe, wünschte, daß die Regierung wiederholt die Frage wegen der Deportation in Erwägung ziehe; sie bemerkt, daß mehrere Stimmen das Maximum der einsamen Einsperrung nur auf 10 Jahre setzen wollten; zuletzt stimmte die Commission doch dem Maximum von 15 Jahren bei; die Regierung erklärte in ihrer Beantwortungsschrift, daß sie nach den neuerlichen Erfahrungen über das Daseyn vieler höchst gefährlichen Verbrecher von der Strenge des Strafensystems nicht abgehen könne, die Deportation auch nicht für wünschenswerth halte; bei der wiederholten Erwägung des Entwurfs in der Kammer wünschten wieder mehrere Stimmen die Annahme von 10 Jahren als Maximum der einsamen Einsperrung; man griff auch das beibehaltene, nur

scheinbar modificirte System der entehrenden Strafen an; bei der Berathung in der Kammer machten sich zwar ebenfalls mehrere Stimmen geltend, welche die consequentere Durchführung des Pönitentiarsystems und die Beschränkung des Maximums der Isolirung forderten; allein vergebens: die Mehrheit nahm den zweiten Titel und damit die Einführung einsamer Einsperrung auf 15 Jahre, nach den Vorschlägen des Entwurfs an. — Noch führen wir gern ein neues wissenschaftliches Erzeugniß, die Schrift des Hrn. den Tex über die Ursachen der Verbrechen an [9]. Der Verf. benutzt recht gut mit feinen Bemerkungen und Beachtung der bisherigen Forschungen die Ergebnisse der Criminalstatistik und prüft die einzelnen Ursachen der Verbrechen, z. B. Mangel des religiösen Gefühls, Spiel, Genußsucht, Trunkenheit, Armuth. Die Schrift macht dem Verf. Ehre. Uns scheint nun, daß ein Hauptgrund der Verbrechen tiefer liegt, und zwar in den sehr fehlerhaften Zuständen der bürgerlichen Gesellschaft und in dem schlechten Strafsystem unserer Gesetzbücher.

In Bezug auf die Fortschritte des Gefängnißsystems in Belgien ist seit unserer letzten Darstellung [10]) als eine bedeutende Erscheinung die des Gesetzesentwurfs zu nennen, welcher am 3. Decbr. 1844 der Kammer der Repräsentanten von der belgischen Regierung vorgelegt wurde. Der Entwurf ist dem 1843 von der französ. Regierung vorgelegten nachgebildet, enthält aber einige Verbesserungen. Alle Freiheitsstrafen (mit Ausnahme der gegen Militärpersonen, gegen jugendliche Uebertreter und weibliche Gefangene) sollen in einsamer Haft abgebüßt werden. Die con-

---

9) De caussis criminum, auctor Corn. Jac. A. den Tex. Amstelod. 1847. Der Verf. ist der Sohn des rühmlichst bekannten ausgezeichneten Rechtsgelehrten den Tex in Amsterdam.

10) S. oben in diesem Archiv 1844. S. 10[illegible]

rectionelle Strafe soll um 1/3, die criminelle Strafe für die ersten 10 Jahre um 1/4, für die folgenden Jahre um die Hälfte herabgesetzt werden (§. 9 und 10. des Gesetzesentwurfs). Die zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilten werden in den ersten 12 Jahren in einsamer Haft gehalten, insofern sie nicht um die Fortsetzung dieser Haft nachsuchen, außerdem werden sie nach Ablauf der 12 Jahre nur zur Nachtzeit isolirt und am Tage nach Kategorieen classificirt. Ueber die besondere Ausführung der Isolirung behält sich die Regierung vor, Verordnungen zu erlassen. Die Vorlage dieses Entwurfs war von einer Denkschrift begleitet 11), welche (der Verfasser ist der unermüdliche Hr. Ducpetiaux in Brüssel) das Wesen des Pönitentiarsystems, die Vortheile der absoluten Isolirung zeigen und beitragen sollte, um vielfach noch verbreitete Vorurtheile zu beseitigen. Die Denkschrift beginnt mit einer Darstellung der verschiedenen Gefängnisse in Belgien und ihrer Bevölkerung. Aus den vorgelegten Nachweisungen ergiebt sich ein bedeutendes Anwachsen der Zahl der Gefangenen. In den maisons centrales war in 13 Jahren die Zahl von 3217 auf 4593 gestiegen. Die Regierung hatte überall in den Gefängnissen vielfache Verbesserungen eingeführt, aber die alten Gebäude waren nicht geeignet, den Zwecken zu dienen, welche man bei fortgeschrittener Einsicht in die Aufgabe der Gefängnißzucht zu erreichen suchte. Die jetzige Anordnung der Strafanstalten in Belgien ist nun folgende: 1) Das Strafhaus von Gent ist für die zur Zwangsarbeit Verurtheilten bestimmt; 2) das zu Vilvorde für die zum Zuchthaus (reclusion) Verurtheilten und die correctionellen Rückfälligen, welche schon eine criminelle Bestrafung erlitten hatten; 3) das von

---

11) Mémoire à l'appui du projet de loi sur les prisons. Bruxelles 1845.

St. Bernard enthält die zum Gefängniß auf mehr als 6 Monate Verurtheilten; 4) das von Alost ist Militärgefängniß; 5) das Besserungshaus von Namur [12]) ist für alle weiblichen Sträflinge bestimmt, welche zu Zwangsarbeit, Zuchthaus oder Gefängniß über 6 Monate verurtheilt sind. In der Anstalt von St. Hubert sind die Knaben unter 16 Jahren, welche zu Gefängniß über 6 Monate verurtheilt sind und die, weil sie nicht zurechnungsfähig waren, zwar losgesprochen wurden, aber in ein maison de correction gebracht werden sollten. Die einsame Haft ist in den belgischen Strafanstalten nicht eingeführt; die Isolirung zur Nachtzeit ist seit einigen Jahren angewendet. Aus den Nachweisungen ergiebt sich [13]), daß die Todesfälle in den belgischen zwar ziemlich zahlreich, jedoch im Abnehmen sind: in Gent traf von 1837 bis 1843 ein Todesfall auf 45, in Vilvorde auf 69, in St. Bernard auf 27, in Alost auf 68, in Namur auf 38. Während durchschnittlich in allen belgischen Gefängnissen 1833 noch ein Todesfall auf 28 Gefangene traf, trifft 1843 1 auf 50. Die Ausgabe für einen Gefangenen kann täglich auf 23 Centimes geschätzt werden. Das System der Selbstbetreibung auf Staatskosten (régie) im Gegensatze jenes noch an manchen Orten vorkommenden Systems, bei welchem Verträge mit einem Unternehmer geschlossen werden, bewährt sich auch in Belgien gut, und die Bemerkungen in der Denkschrift [14]) verdienen allgemeine Beachtung. Ueberall, wo die Regierung in moralischer Hinsicht Verbesserungen einführen will, setzt sich der Unternehmer mit Berufung auf seine Verträge dagegen. Einzelne Versuche, die absolute Isolirung einzuführen, sind

12) S. darüber oben Archiv 1844. S. 108.

13) Mémoire p. 15.

14) Mémoire p. 25.

bereits in Belgien gemacht worden. In Gent wurden schon 1835 32, in Alost 63 Zellen erbaut; aber nur um darin die Sträflinge, die in die Anstalt kamen, für einige Zeit aufzunehmen; ferner als Disciplinarstrafzellen und zur Bewahrung jener Individuen, deren geistiger Zustand oder Aufführung in der Anstalt es nöthig macht, sie von den Uebrigen abzusondern, um einer verderblichen Einwirkung vorzubeugen. Die Denkschrift liefert im Anhang [15]) das Reglement der Strafanstalt von Alost vom 23. Jan. 1844 (mit ihm stimmt das für die in einsamer Haft in Gent bewahrten Sträflinge überein). Darnach werden außer den oben bezeichneten Gefangenen auch diejenigen, welche nachsuchen, von den Uebrigen getrennt zu werden, so wie diejenigen, deren Betragen jene Ausnahme rechtfertigt, der einsamen Haft unterworfen. Mitglieder geistlicher Corporationen haben die Aufsicht über die Zellengefangenen. Die, welche nur am Anfang der Strafzeit in den Zellen bleiben (detenus en quarantaine), erhalten die Besuche des Directors und des Geistlichen; sie sind getrennt von denjenigen, die zur Strafe isolirt sind (diese werden täglich von dem Arzt, dem Geistlichen oder einem der aufsehenden Brüder besucht); völlig von den Uebrigen getrennt sind auch die, welche zur Belohnung in einsamer Haft sind; den letzteren können mehrere Begünstigungen z. B. Erlaubniß der Besuche von Verwandten ertheilt werden. Alle isolirten Gefangenen dürfen ½ bis 1 Stunde Bewegung im Freien haben. Sie wohnen den religiösen Uebungen und dem Unterrichte, den andere Gefangene erhalten, bei; der Geistliche kann ihnen aber auch besondern Unterricht geben.

Die Regierung hatte, ehe sie sich entschloß, die Einführung absoluter Isolirung vorzuschlagen, die Vorstände

---

15) Mémoire appendice p. CLXVI.

der verschiedenen Strafanstalten zum Gutachten über die Wirkungen der Isolirung aufgefordert. Aus den in der Denkschrift mitgetheilten Antworten [16]) ergiebt sich wenig Entscheidendes. In Vilvorde waren nur zwei in einsamer Haft; über den Einen kann (oder **will**) der Arzt nichts sagen; in Bezug auf den Andern bemerkt er, daß er schon sehr krank war, als er in die Anstalt kam, und in der Zelle sein Zustand nicht besser wurde. Von Alost wird bemerkt, daß in der Abtheilung der wegen schlechten Betragens absolut Isolirten 5 waren, deren Gesundheit eher besser als schlechter wurde. In Gent befanden sich seit 1840 in einsamer Haft 65, 10 zur Strafe, 35 zur Sicherheit, 23 wegen wirklicher oder vorgespiegelter Seelenstörung, 7 aus moralischen Rücksichten. Von den oben bezeichneten 23, die in der Abtheilung krank wurden, in der sie gemeinschaftlich mit Anderen sich befanden, traten 13 aus, 10 sind noch darin, und 3 von diesen sind wirklich wahnsinnig, bei 7 ist der Zustand so beschaffen, daß man an der Wirklichkeit der Seelenstörung zweifeln muß. Der Arzt erklärt, daß er über die Wirkungen der absoluten Isolirung auf die Gesundheit keine feste Meinung aussprechen könne, weil die Versuche noch so ungenügend wären; das Gutachten bemerkt jedoch, daß als gewiß angenommen werden darf, daß die Isolirung eine deprimirende Wirkung ausübe, und daß die Nahrung kräftiger und animalischer seyn müsse, als für die Gefangenen, die in Gemeinschaft sind. Die Art des Gebäudes wird getadelt. — Die Regierung berief 1843 die Vorstände der Strafanstalten zu einer Berathung und legte ihnen die Frage vor: Welche Wirkungen der bisher von der Regierung gemachten Versuche zur Verbesserung der Gefängnisse

16) Mémoire p. 35 sq.

beobachtet worden? Alle Vorstände erklärten [17]), daß das bisherige System des gemeinschaftlichen Zusammenseyns den Gefangenen nachtheilig ist und der Besserung im Wege steht; daß man zwar noch einige Verbesserungen einführen könne, aber die Hauptübel fortdauern werden, und die Regierung bald zur Einführung der absoluten Isolirung kommen würde.

Das Verhältniß der Rückfälligen, die in den belgischen Strafanstalten vorkommen, ist ein sehr niederschlagendes. Von 3168 Gefangenen, die am 1. Jan. 1844 in den Strafanstalten sich befanden, waren 1761 rückfällige; also 55 von 100; im Gefängnisse von St. Bernard beträgt das Verhältniß selbst 64 von 100, 57 bei den Gefangenen von Gent.

Ueber den Rückfall im Zusammenhange mit dem Pönitentiarsystem enthält auch die bereits oben angeführte [18]) Schrift von Hoorebecke, de la recidive dans ses rapports avec la reforme pénitentiaire. Gand 1846, viel Beachtungswürdiges. Der Verfasser (von den übrigen Theilen seiner Schrift wurde schon oben gesprochen) giebt zuerst die Verhältnisse der Rückfälligen in Belgien an [19]). Man bemerkt, daß von 1836 bis 1839 von 100 Angeklagten 30 Rückfällige waren; und vor den Assisenhöfen 1369 Angeklagte standen, darunter 366 rückfällige; 67 hatten bereits eine peinliche, 261 eine correctionelle Strafe, und 238 schon mehr als eine Verurtheilung (von 100. 42) erlitten. Wie überall, so waren auch in Belgien die meisten Rückfälligen schon im ersten Jahre nach ihrer Entlassung aus der Anstalt rückfällig. Der Verfasser erkennt kein anderes Mittel der

---

17) Mémoire p. 42.

18) Archiv 1846. S. 140.

19) Hoorebecke p. 180.

Verbesserung des Zustandes, als in der Einführung völliger Isolirung, um den sonst unvermeidlichen Nachtheilen der wechselseitigen moralischen Ansteckung vorzubeugen; ein Hauptvortheil dieses Systems liegt nach dem Verf. darin, daß dann auch die bisherigen Strafzeiten bedeutend vermindert werden können. Der Verf. tadelt aber, daß nach 12 Jahren einsamer Einsperrung der Sträfling wieder mit Anderen gemeinschaftlich arbeiten darf. Nur irrige Vorstellungen von der Härte der absoluten Isolirung erzeugten den Vorschlag, für Rückfällige, welche zu lebenslänglichen Freiheitsstrafen verurtheilt werden, die einsame Einsperrung bis 20 Jahre fortdauern zu lassen. Seit dem J. 1844 ist der von der Regierung vorgelegte Entwurf nicht zur Berathung bei den Kammern gekommen; der alte Zustand der Gefängnisse dauert fort. Nur zwei Erscheinungen verdienen Aufmerksamkeit, nämlich das Reglement für das Besserungshaus für jugendliche Uebertreter in St. Hubert [20]) vom 25. Mai 1844. Mitglieder geistlicher Körperschaften bilden die Aufseher, stehen aber unter dem Director. Der Obere ist mit der Aufsicht über die Sträflinge beauftragt, bestimmt das dazu gehörige Personal und handelt nach den von dem Director erhaltenen Anweisungen. Das Recht die Brüder zu bestrafen steht dem Oberen zu; nur in den schwereren Fällen wird von dem Minister auf den Antrag des Directors ihre Suspension oder Entlassung ausgesprochen. Die Uebertreter sind in folgende Klassen abgetheilt (§. 22.): 1) Die Strafklasse enthält diejenigen, deren früheres Betragen ungünstig und deren Aufführung in der Anstalt schlecht ist. 2) Die Versuchsklasse enthält diejenigen, deren früheres Benehmen nicht eben ungünstig oder deren Betragen nicht ganz schlecht, aber doch von der Art war, daß eine

20) Das Reglement besteht aus 258 §§.

versuchsweise Beobachtung von der definitiven Einrichtung als nothwendig erscheint. 3) Die Klasse der Belohnung umfaßt diejenigen, die durch früheres Benehmen und ihr fortgesetzt gutes Betragen in der Anstalt sich der Auszeichnung würdig zeigten. Jede Klasse erhält ein besonderes Erkennungszeichen. Die Gefangenen der Strafklasse werden mancher Vortheile beraubt, während die Angehörigen der Belohnungsklasse mehrere Erleichterungen erhalten. Die Versetzung von einer Klasse in die andere geschieht nach Beschluß des Directors und wird feierlich vor allen Gefangenen ausgesprochen. Jeder neu Eintretende kommt in die einsame Zelle zur Quarantaine (nach Verschiedenheit der Umstände auf 2 bis 10 Tage), dort wird er von dem Geistlichen und dem Superieur täglich besucht, und erhält geeignete Anweisungen. Die Gefangenen erhalten täglich Unterricht, werden strenge zur Arbeit angehalten; als Strafen kommen Schläge nicht vor, wohl aber Entziehung von Vortheilen und Einsperrung — auch in die dunkle Zelle.

Ein Hauptschritt zur Verbesserung des Gefängnißwesens in Belgien geschah durch Errichtung eines neuen Strafhauses in Löwen. Der darüber erstattete Bericht enthält viel Beachtungswürdiges [21]). Die wachsende Bevölkerung der Anstalt von St. Bernard und die bedeutende Zahl der darin vorgekommenen Krankheitsfälle veranlaßten eine Untersuchung über die Ursachen des Uebels. Vorzüglich verdienen die Berichte über die Sterblichkeit der belgischen Strafanstalten und über die darin bemerkten Krankheiten und ihre Ursache die Aufmerksamkeit derjenigen, welche mit Einrichtung der Gefängnisse sich beschäftigen.

---

21) Arrêté du 23. Août 1846, portant création d'un emaison centrale de correction à Louvain, annexes au rapport présenté à Sa Majesté. Bruxelles 1846.

Da das Strafensystem im innigsten Zusammenhange mit der Criminalstatistik und den Erfahrungen über die Ursachen der Verbrechen steht, so dürfen noch zwei wichtige neuerlich in Belgien erschienene Arbeiten in dieser Beziehung nicht gering geachtet werden. Wir rechnen dahin das Mémoire von dem ausgezeichneten Forscher Quetelet über die Grundsätze, welche die Grundlage einer moralischen Statistik seyn müssen, und über den Einfluß des Alters und des Hanges zu Verbrechen [22]). Auf geistvolle Weise zeigt der Verf., daß die moralischen Thatsachen von den physischen wesentlich durch die Einwirkung der Freiheit des Willens verschieden sind, daß aber nach der Erfahrung diese Freiheit ihren Einfluß nur in einem beschränkten Wirkungskreise geltend macht. Die moralischen wie die physischen Ursachen stehen unter der Herrschaft der nämlichen Gesetze. Die Elemente können in Bezug auf die moralische Statistik nicht wohl berechnet werden; ihre Wirkungen aber stehen im Verhältniß zu den Ursachen, die sie erzeugen. Bei der Beobachtung der nämlichen Klasse der Thatsachen dürfen wir aus dem häufigern oder seltenern Vorkommen derselben auf die größere oder geringere Neigung schließen; aber diese Neigung ist keine absolute, sondern nur relative Größe. Geistreich entwickelt nun der Verf. die Art, wie man die Durchschnittsverhältnisse finden und daraus ein Gesetz der Möglichkeit ableiten kann. In Bezug auf das Alter und die Neigung zu Verbrechen findet der Verf. nach den Criminaltabellen das gleiche Gesetz in Frankreich, England, Belgien. Die Neigung zu Verbrechen wächst im reifen Alter auffallend schnell. In Frankreich ist für die Verbrechen überhaupt das Maximum

22) Die Denkschrift wird nächstens gedruckt erscheinen; sie wurde in der Akademie der Wissenschaften in Brüssel vorgelesen, und ein Auszug findet sich im XIV. Bande des **Bulletin de l'academie.**

gegen das 24ste Jahr sichtbar; in Belgien tritt diese kritische Zeit zwei Jahre später, in England und Baden früher ein. Die Neigung zu Verbrechen gegen das Eigenthum entwickelt sich um zwei Jahre früher als zu den Verbrechen gegen Personen. Man sieht mit Sehnsucht der Veröffentlichung der Forschungen entgegen.

Eine andere interessante Arbeit ist die von Hrn Hennau gelieferte Forschung über die Ursachen der Verbrechen in der Provinz Lüttich [23]). Sie ist ein Theil der großen Arbeit, welche die Akademie der Statistik in Brüssel veranstaltet [24]). Es zeigt sich, daß außer den allgemeinen Ursachen überall noch besondere lokale Ursachen sich ergeben. Höchst bedeutend sind hier die Forschungen über Einfluß des Genusses geistiger Getränke, über Zusammenhang des Kindesmords mit den Anstalten für Findelkinder, über Einfluß politischer Aufregung auf Verübung der Verbrechen. Wir werden, wenn die statistischen Arbeiten für ganz Belgien in dieser Hinsicht veröffentlicht werden, umständlicher Nachricht darüber geben.

Wenden wir uns zu Italien, so sind wir im Stande, Fortschritte des Gefängnißsystems aus der neuesten Zeit anzuführen. Zwar ist noch immer weniger als es seyn sollte von Seiten der Regierungen geschehen, und die alten schlimmen Zustände, ohne deren Aufhebung kein Pönitentiarsystem möglich ist, dauern noch fort, insbesondere die Galeerenstrafe in Neapel, im Kirchenstaate, in Toskana und Sardinien. Die Wissenschaft aber bleibt nicht gleichgültig gegen die großen in Italien, besonders durch die Congresse von Florenz, Padua, Lucca angeregten Fragen über das Pönitentiar-

23) Sie erscheint im III. Bande des Bulletin de la Commission centrale de statistique.

24) Wir haben davon in diesem Archive 1846. S. 148. gesprochen.

system [25]). Leider hält die Censur mit ihrer Strenge häufig freimüthige Forschungen und Rügen bestehender Gebrechen zurück; wir freuen uns als eine wohlthätige Frucht der wenigstens theilweise in neuester Zeit bewirkten Befreiung der öffentlichen Presse im Kirchenstaate Aufsätze anführen zu können, in welchen die Frage über Verbesserung der Gefängnisse erörtert ist. Vorzüglich rechnen wir dahin einen Artikel von Passeri-Modi in der in Rom erscheinenden Zeitung: il Contemporaneo [26]). Der Verf. erkennt sehr richtig in einer guten Gefängnißeinrichtung das beste Mittel, die Verbrechen zu vermindern, er schildert mit kräftigen Worten als einen Hauptgrund der schlechten Gefängnisse die Beschaffenheit der Menschen, die als Gefängnißaufseher angestellt sind, von denen er sagt, daß sie verächtlich, unwürdig zur Verrichtung jedes edlen Dienstes der Wohlthätigkeit, wenn sie nicht dafür gehörig bezahlt werden, unmäßig, leidenschaftlich, irreligiös und unmenschlich seyen. Er findet das beste Mittel der Gefängnißverbesserung in der Einführung der absoluten Isolirung; vorzüglich begreift man in Italien, daß alle Verbesserungen von Seite der Regierung vergeblich sind, wenn nicht das Volk thätigen Antheil daran nimmt und vorzüglich den Unglücklichen, welche aus den Strafanstalten treten, unterstützend die Hand reicht. Schon sind in Mailand, in Florenz, in Turin Gesellschaften entstanden, welche die Sorgfalt für entlassene Sträflinge zur Aufgabe ihres Wirkens machen. Wir geben unseren Lesern über ihre Einrichtung und den Erfolg ihrer Thätigkeit aus zuverlässigen Quellen Nachricht und lenken ihre Aufmerksamkeit auf

---

25) Ueber die früheren Leistungen s. die Nachrichten in diesem Archive 1843. S. 565—584.

26) In Nr. 27. vom 3. Juli 1847.

die neueste dieser Gesellschaften, die in Bologna entstand. Als eine Frucht des neuen Aufschwungs des öffentlichen Geistes im Kirchenstaate begrüßen wir das Entstehen von Vereinen für edle Zwecke. Ein solcher ist der ökonomisch-moralische Verein in Bologna. Schon bestand in jener Stadt eine Gefängnißgesellschaft (congregazione di Carità). Von dem Gouverneur der Provinz veranlaßt, ein Gutachten über Errichtung eines Patronats für entlassene Sträflinge zu geben, setzt sich die Commission mit dem oben genannten Vereine in Verbindung. Das Ergebniß der Berathung und die Statuten vom Juli 1847 liegen uns vor [27]). Man vereinigte sich, vorerst das Patronat auf diejenigen zu beschränken, welche nach den polizeilichen Einrichtungen als precettati bezeichnet sind, d. h. Personen, welche unter besonderer Polizeiaufsicht stehen, entweder weil sie aus einer Strafanstalt entlassen sind aber fortdauernd gefährlich erscheinen, oder sonst dringend verdächtig sind [28]). Der Verein soll nur auf diejenigen sich beziehen, welche freiwillig sich ihm unterwerfen; die Fürsorge soll darauf gehen, denjenigen, die sich unterwerfen, Arbeit zu verschaffen, und wenn dies nicht möglich ist, Unterstützung zu geben, bei Allen aber dahin zu wirken, daß die polizeiliche Aufsicht bei denjenigen aufhöre, die sich durch gute Aufführung würdig des Vertrauens zeigen.

Das neue, nächstens bekannt zu machende päpstliche Strafgesetzbuch wird nach den uns zugekommenen Nachrichten auf das Pönitentiarsystem gebaut werden, wenn auch die absolute Isolirung keine unbedingte Billigung

27) Abgedruckt in einer sehr empfehlenswerthen Zeitung von Bologna, il Falsineo, vom 15. Juli 1847. Nr. 28.

28) Die Commission bemerkt richtig, daß die ganze Einrichtung nach dem neuen Gesetzbuche verschwinden wird. Nach der Erfahrung Italiens ist sie verderblich, sie sichert die bürgerliche Gesellschaft nicht, und treibt die unter Aufsicht Gestellten zu neuen Verbrechen.

darin findet. Vorzüglich ist in neuer Zeit Vieles für die Verbesserung des Gefängnißwesens in Toskana geschehen. Ueber den Zustand des Strafsystems überhaupt giebt eine neue Schrift des eifrigen Professors Mori in Pisa umständliche Nachricht [29]). Es ergiebt sich daraus, daß die auch für ihre Zeit ausgezeichnete Gesetzgebung, wie die Leopoldinische von 1786 war, im Laufe der Zeit ungenügend und schlecht wird, wenn der gute Geist, der das Gesetz in das Leben rief, nicht fortdauernd waltet, wenn vielmehr andere politische und sociale Zustände nachtheiligen Einfluß äußern, und wenn die Gesetzgebung nicht auf eine den Bedürfnissen der fortschreitenden Civilisation entsprechende Weise fortgebildet wird. Dies zeigt sich bei der Gesetzgebung von Toskana, wo bald die Todesstrafe verordnet, auf unzusammenhängende Weise Freiheitsstrafe eingeführt, die Strafe öffentlicher Arbeiten in den Galeeren beibehalten, die Verweisung in verschiedene Abstufungen als Strafe aufgenommen wurde. Mori schildert die Wirksamkeit und die Art der Ausführung der verschiedenen Strafarten, er glaubt, daß die Todesstrafe für Toskana ganz entbehrt werden könne. Er prüft die verschiedenen Vergehen und die entsprechenden Strafdrohungen, und zeigt, daß die Forderungen einer gerechten Gesetzgebung häufig verletzt sind. Der Verfasser (er ist jetzt selbst als Mitglied der Commission ernannt, welche das neue Strafgesetzbuch für Toskana zu bearbeiten hat,) prüft dann die verschiedenen Gefängnißsysteme und kommt zur Ansicht, daß das System einsamer Einsperrung das sicherndste und zugleich am meisten zur Abschreckung geeignete sey. Er wünscht die Einführung folgender Freiheitsstrafen: 1) Gefängniß von 3—30 Tagen, 2) cor-

---

29) Sulla scala penale del diritto toscano discorso del J. Mori. Livorno 1847.

rectionelles Strafhaus von 1 Jahr bis 8 Jahre, 3) Pönitentiarhaus von 2 bis 12 Jahren, 4) Zuchthaus, so daß in den ersten 12 Jahren die Sträflinge einsam eingesperrt und dann nach dem auburnschen Systeme bewahrt werden sollen. Wir wünschen, daß der ehrenwerthe Verfasser von dem Geiste des Pönitentiarsystems noch mehr durchdrungen wäre und in consequenter Durchführung auch jene wie uns scheint grundlose Abstufungen der Freiheitsstrafe aufgeben möchte. Gewiß wird ihn sein Antheil an der Bearbeitung des Gesetzbuchs selbst zur Ueberzeugung bringen, daß das Pönitentiarsystem ohne eine völlige Umgestaltung der bisherigen Strafansichten nicht auf Wirksamkeit rechnen kann.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

XII.

Beitrag
zur Erklärung des Art. 159 der P. G. O.

Was heißt „Behaltung"?

Von
Herrn Dr. Gustav Geib,
Professor in Zürich.

Der Art. 159 der Carolina, welcher den s. g. gefährlichen Diebstahl — den Diebstahl durch Einbrechen, durch Einsteigen, und den mit Waffen — behandelt, hat von jeher einen sehr reichen Stoff zu theoretisch und praktisch interessanten Streitfragen geboten. Als die wichtigsten dieser Fragen dürften jedoch folgende zwei zu betrachten seyn: welches ist der legislative Grund, weßhalb die hier genannten Diebstähle mit einer vergleichungsweise härteren Strafe belegt sind? und: welches ist der Ort, wo diese Diebstähle vorkommen können? Die Beantwortung beider Fragen steht in einer ungleich engeren Verbindung mit einander, als man häufig vorauszusetzen pflegt; und gerade wegen dieser Verbindung werde ich mir denn auch erlauben, selbst über die erste Frage meine Meinung wenigstens anzudeuten, während der eigentliche Gegenstand der nachstehenden Bemerkungen allerdings die Erörterung der zweiten Frage seyn soll.

Die Ursache, weßhalb die Interpretation des Art. 159, und insbesondere die Beantwortung der hervorgehobenen zwei Hauptfragen, bisher so wenig geglückt zu seyn scheint, liegt, wie ich glaube, ziemlich nahe. Sie ist keine andere, als jener allgemeine, für die Förderung unseres Criminalrechts überhaupt so fühlbare Mangel an allem ächt historischen Sinne, an jeder ächt historischen Methode [1]). Hält man ja doch mitunter historische und antiquarische Behandlung noch fortwährend für identisch, und kann man es ja bis auf den heutigen Tag noch so schwer begreifen, daß die Antiquitäten blos als Vorarbeit zur Geschichte erscheinen sollen, dagegen aber von dem Augenblicke an, wo sie für diese selbst sich ausgeben, als bare Parodie derselben sich darstellen [2]). Und was soll man erst von Denjenigen sagen, welche die historische Behandlung mit

---

1) Die Schriften, bei denen dieser Tadel als unzutreffend erscheint, sind bis jetzt so selten, daß sie als eine kaum in Anschlag zu bringende Ausnahme betrachtet werden müssen. Die bei weitem glänzendste Ausnahme machen die Arbeiten v. Wächter's, von denen manche, wie z. B. die Erörterungen über das Verbrechen der Gewaltthätigkeit, über den Selbstmord, und einige andere, namentlich der ganze erste Band seiner „Abhandlungen aus dem Strafrechte", als wahre Muster einer richtigen und fruchtbaren Methode gelten können.

2) Puchta Cursus d. Instit. I. S. 103 ff. „Die antiquarische Auffassung ist so weit davon entfernt mit der historischen zusammenzufallen, daß sie vielmehr einen Gegensatz dazu bildet: jene betrachtet ihren Stoff als einen ruhenden, diese als einen werdenden und in beständiger Bewegung sich befindenden .... Die Rechtsalterthümer geben uns das Bild des Rechtszustands irgend einer vergangenen Zeit, ohne uns zu sagen, wie er entstanden und was aus ihm geworden ist, während gerade dieses letztere die Aufgabe der Rechtsgeschichte ist. Die antiquarische Untersuchung ist somit ein unentbehrliches Hülfsmittel der Geschichte selbst." S. auch Grimm Rechtsalterth. S. VII. Savigny Beruf unserer Zeit für Gesetzgeb. u. Rechtsw. S. 117—119. Derselbe in d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. I. S. 375—377. 395. 396. III. S. 13. Derselbe System d. Röm. R. Bd. I. S. XIV—XVI. Puchta in d. krit. Jahrb. für deutsch. Rechtsw. V. S. 197. 198.

der philosophischen in jene merkwürdige Verbindung zu setzen suchen, wovon uns die Schriften des Verfassers der „Neuen Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts" ein so unzweideutiges Muster liefern? Sollte es erlaubt seyn, von den Leistungen gerade dieses Schriftstellers auf den Werth der ganzen Methode zu schließen, so müssen unsere Erwartungen hier wenigstens so lange ziemlich gering ausfallen, als man nicht etwa darin wirklich Großes zu erblicken geneigt ist, wenn wir die Resultate fremder und zum Theil längst bekannter Forschungen jetzt neuerdings in veränderter Form und in dem umhüllenden Schleier einer eben nicht anziehenden Schulsprache wiederholt finden. Allein dessen ungeachtet läßt es sich nicht verkennen, daß seit den letzten Paar Jahrzehnten ein entschiedener Fortschritt zum Besseren in unserer Wissenschaft eingetreten ist. Selbst die blos antiquarischen Untersuchungen, so selten dieselben auch gerade hinsichtlich des wichtigsten Elements unseres Rechtslebens, hinsichtlich der germanischen Quelle desselben, noch immer, und trotz des leuchtenden Vorgangs von Jacob Grimm, geblieben sind, bilden auf jeden Fall eine ganz andere und festere Basis, als jene kopf- und geschmacklosen Bestrebungen der älteren Juristen, welche für die Fortbildung ihrer Wissenschaft nur in der Weise glaubten sorgen zu können, daß sie die correspondirenden Vorschriften des römischen Rechts, nicht etwa blos zur Vergleichung der deutschen, sondern ganz eigentlich zu deren Erklärung, und eben damit denn natürlich zu deren fast carricaturartigen Verdrehung herbeizogen [3]). Ja sogar die historisch-philosophische Methode, die, wie ihre Vertheidiger sagen, die Geschichte philosophisch und die Philosophie geschichtlich behandeln soll, ist zum mindesten um ein gutes Stück besser als jene rein

3) Vergl. besonders Wächter Gemeines Recht Deutschlands. Leipzig 1844. S. 67—72. 76—78. 88. 90. 92—95. 98.

apriorischen Systeme, die seit dem Ende des vorigen und während des Anfangs des gegenwärtigen Jahrhunderts eine so unbestrittene Herrschaft ausübten, und die ihren Pflegern, unter den selbsterregten Weihrauchwolken, womit sie der eignen Vortrefflichkeit huldigen zu müssen meinten, die Sehkraft in dem Grade raubten, daß sie nicht blos Sinn und Liebe für die Vergangenheit, sondern selbst die Fähigkeit zu jeder objectiven Auffassung alles historisch Ueberlieferten einbüßten [4]).

Dieser Fortschritt zum Besseren seit den letzten Jahrzehnten ist denn auch der Lehre vom Diebstahle zu Statten gekommen. Wer die Arbeiten von Cropp [5]) und Wächter [6]), oder auch nur die von Roßhirt [7]) und Dollmann [8]), mit den Schriften von Kleinschrod [9]), Klien [10]) und Salchow [11]), oder gar mit den Ab-

---

4) Savigny Beruf S. 4. „Seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts regte sich durch ganz Europa ein völlig unerleuchteter Bildungstrieb. Sinn und Gefühl für die Größe und Eigenthümlichkeit anderer Zeiten, sowie für die naturgemäße Entwicklung der Völker und Verfassungen, also alles was die Geschichte heilsam und fruchtbar machen muß, war verloren: an die Stelle getreten war eine gränzenlose Erwartung von der gegenwärtigen Zeit, die man keineswegs zu etwas geringerem berufen glaubte, als zur wirklichen Darstellung einer absoluten Vollkommenheit." S. auch Eichhorn Staats- u. Rechtsgesch. 5. Ausg. IV. S. 636—654. Biener im N. Arch. d. Crim. R. X. S. 499—503. Klenze Lehrb. d. Strafr. S. IV—X.

5) Criminal. Beiträge v. Hudtwalcker u. Trummer II. Nr. 1. 10.

6) Rechtslexikon v. Weiske III. S. 354—423.

7) N. Archiv d. Criminalr. III. Nr. 4.

8) Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts. Kempten 1834.

9) Abhandlungen aus d. peinl. Rechte u. peinl. Proc. II. Nr. 8.

10) Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. Nordhausen 1806. Nur an ein Paar Stellen dieser, für den einmal gewählten Standpunkt sonst so ausgezeichneten, Schrift finden sich Spuren einer vergleichungsweise besseren Methode.

11) Systematische Entwicklung des Verbrechens der Entwendung. Erfurt 1806.

handlungen von Grolman [12]) und Feuerbach [13]), ja selbst noch mit einzelnen Untersuchungen von Hepp [14]) vergleicht, wird sich auf einen anderen Boden versetzt, gleichsam von einer anderen Atmosphäre umgeben fühlen. Von einer organischen Fortbildung des Rechts, d. h. von einem inneren und nothwendigen Leben, von einem in steter Bewegung und Entwicklung begriffenen Werden desselben, haben alle zuletzt genannten Schriftsteller noch kaum eine Ahnung. Unser gesammter s. g. gemeinrechtlicher Rechtszustand erscheint ihnen als eine todte, in den Justinianischen Sammlungen und in der Peinlichen Gerichtsordnung erstarrte, also in Wahrheit blos mumienhaft conservirte Masse, zu deren Belebung und Verständniß wenigstens die Mehrzahl derselben kein anderes Mittel kennt, als die Benutzung und Herbeiziehung der Ansichten unserer unmittelbaren Gegenwart. Dem Leichname der Vergangenheit, meint man, müsse der Odem der Jetztzeit eingehaucht werden; und anstatt auch nur die römischen Rechtsbücher und die Carolina aus sich selbst und den sie umgebenden Verhältnissen zu begreifen zu suchen, betrachtet man sie gleich einem neueren Gesetzwerke, und findet kein Arg dabei, sowohl die römischen Juristen und Imperatoren als Schwarzenberg und Karl V. genau so räsonniren und argumentiren zu lassen, als ob sie unsere nächsten Zeitgenossen wären. Ganz anders die Schriftsteller der ersten Art [15]).

12) Bibliothek für d. peinl. Rechtsw. u. Gesetzk. Th. I. St. II. Nr. 2.

13) Ebendas. Th. II. St. I. Nr. 2.

14) Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft. Heidelberg 1827. Nr. 1. Dagegen ist schon die hier aufgenommene Abhandl. Nr. 4. in einer ungleich besseren Manier geschrieben.

15) Zu diesen, obgleich um etwa zwanzig oder dreißig Jahre älter, gehört auch Ch. D. Erhard: Diss. de furti

Wie verschieden immerhin ihre Verdienste seyn mögen, wenigstens in sofern stimmen sie mit einander überein, daß sie in dem Rechte einen lebendigen Organismus erkennen, daß sie nicht etwa ein feststehendes oder auch nur für die kürzeste Zeitdauer abgeschlossenes, sondern ein schlechthin wachsendes, sich stets veränderndes Recht annehmen, daß sie nicht von einer Rechtssatzung, sondern von einem Rechtsleben reden. Und wenn nun dessen ungeachtet selbst die Bemühungen dieser Männer nicht überall als befriedigend gelten können, wenn insbesondere ihre Versuche zur Erklärung des Art. 159 der P. G. O. als mißlungen zu betrachten sind, ja wenn dasselbe auch noch von den zwei neuesten Schriftstellern, Herrmann [16]) und Hammer [17]), gesagt werden muß: so liegt der Grund hievon eben nur darin, daß sie die als richtig begriffene Methode nicht gehörig zu handhaben wußten, daß sie zwar nach einem verständigen Plane gearbeitet haben, daß dessen wirkliche Ausführung aber an der Mangelhaftigkeit des ihnen zu Gebote stehenden Materials gescheitert ist.

Als möglichen Ort, wo die hier hervorgehobenen drei Arten des Diebstahls vorkommen können, nennt der

---

notione per leges constituta adcuratius definienda. Lipsiae 1806. Die Schrift scheint heut zu Tage fast vergessen; und dessen ungeachtet verdient sie gerade wegen ihrer Methode unsere volleste Aufmerksamkeit und Anerkennung. Erhard hat hier, und zwar mit klarstem Bewußtseyn, schon eine durchaus ächte und wahre historische Behandlung gewählt, und er könnte wenigstens in dieser Hinsicht selbst manchem Neueren noch als Vorbild dienen. Seine Zeitgenossen freilich, welche sich an den philosophischen Streitigkeiten von Grolman und Feuerbach ergötzten, und höchstens, gleichsam zur Abwechselung, die eleganten oder antiquarischen Untersuchungen von Püttmann und Haubold sich gefallen ließen, konnten eine solche Behandlung noch nicht verstehen und noch weniger sie würdigen.

16) Commentatio ad articulum CLIX constitutionis criminalis Carolinae. Kiliae 1844.

17) Archiv d. Criminalr. 1845. Nr. 14. 20.

Art. 159 die Behausung und Behaltung eines Menschen [18]). Was hat man nun aber unter Behaltung zu verstehen? Wie oft diese Frage auch schon aufgeworfen worden ist, so hat man bisher doch eigentlich blos zwei Antworten darauf zu geben gewußt. Entweder nämlich soll der Ausdruck „behausung oder behaltung" ein gewissermaßen tautologischer seyn, und Behaltung also ebenfalls, gleich wie Behausung, Gebäude, jedoch vorzugsweise, gegenüber von den wirklichen Wohnhäusern, gerade unbewohnte Gebäude, namentlich Scheunen, Ställe, Vorrathskammern, Gartenhäuser u. dgl., bezeichnen. Oder es soll eine solche Tautologie, oder vielmehr eine solche Isologie, nicht vorliegen, und Behaltung also, im eigentlichen Gegensatze zu Gebäuden, alle kleineren Aufbewahrungsgegenstände, namentlich Kisten, Kasten, Koffer, Schränke u. dgl., ausdrücken. Die letztere Meinung wurde zuerst von Remus aufgestellt, welcher hier so übersetzt: Si quis, ut furtum faciat, fores arcamve ruperit, effregerit cet. Die nächste Veranlassung zu dieser Meinung hat unstreitig das römische Recht [19]) gegeben, auf dessen Bestimmungen sich Remus ausdrücklich beruft, und durch dessen Herbeiziehung auch hier, wie in so manchen anderen Punkten, er keinen Anstand genommen hat, den Worten der Carolina Gewalt anzuthun, und den ursprünglichen Sinn derselben — weil ihm der Schein einer fremden Gelehrsamkeit mehr galt als die wirkliche Kenntniß seines einheimischen Rechts — zu ent-

18) P. G. O. Art. 159. „Item so aber eyn dieb inn vorgemeltem stelen jemandts, bei tag oder nacht, inn sein behausung oder behaltung bricht oder steigt" u. s. w. Dieselbe Bestimmung findet sich auch in einigen späteren Landesgesetzen. S. z. B. Baden-Durlacher Landr. v. 1622 (1654) Th. VII. Tit. 49. „Im Fall ein Dieb jemanden, bey Tag oder Nacht, in seine Behausung oder Behaltung einbrechen oder einsteigen thäte" u. s. w.

19) L. 22. §. 1. D. de furtis. S. auch L. 54. §. 4. D. eod. L. 3. §. 2. D. de offic. praef. vigil.

stellen [20]). Nichts desto weniger ist diese Meinung in den Gerichten die herrschende geworden [21]), und selbst an Theoretikern, und darunter an sehr achtbaren Schriftstellern [22]), hat sie Vertheidiger gefunden; sey es, daß auch bei ihnen die Remus'sche Romanomanie den Ausschlag gab, oder, was jedenfalls von der Mehrzahl und ganz besonders von Feuerbach [23]) gilt, daß sie die für ihre Zeit und Umgebung vollkommen begründeten Rechtsbegriffe und Rechtsanschauungen auf die Zeit von Schwarzenberg und Karl V. übertragen zu dürfen glaubten. Was dagegen die erste Ansicht betrifft, daß „behausung oder behaltung" als mehr oder weniger tautologisch zu betrachten sey, d. h. daß auch das zweite Wort so viel als Gebäude bezeichne, und zwar ohne Rücksicht von welcher Art und Beschaffenheit diese Gebäude seyn mögen, so kann es scheinen, als ob dieselbe sogar schon in der Uebersetzung

---

20) Ein anderes Beispiel der Art s. in Meinem Aufs. in d. Arch. 1845. S. 183 – 185. Dagegen meint freilich noch Kleinschrod Abhandl. aus d. peinl. R. II. S. 122, Remus sei „der beste" Ausleger der Carolina.

21) Auch bei der bekannten französischen Bearbeitung der Carolina (Code criminel de l'empereur Charles V. . . . à l'usage des Conseils de guerre des troupes Suisses. Nouv. édit. Bienne 1767.) wurde diese Ansicht recipirt. In dem Texte selbst sind zwar die Worte „behausung oder behaltung" mit „maison ou habitation" übersetzt; allein in den beigegebenen Observations heißt es: Il faut donc, pour un jugement capital, que l'effraction ait été réelle, par exemple, que la porte, le coffre ou l'armoire aient été forcés ou ouverts etc. (Eine neue Auflage dieser französischen Bearbeitung erschien: Maestricht 1779. Allein es ist dieselbe keineswegs, wie Abegg in d. Arch. 1837. S. 322 vermuthet, „selbstständige Leistung", sondern — abgesehen von der Dedication — ein wörtlicher, jedoch correcterer, Abdruck der Ausgabe von 1767.)

22) So z. B. Walch Glossar. in C. C. C. p. 198—201. Die genaueren Nachweisungen s. unten Not. 191.

23) Biblioth. f. die peinl. Rechtsw. u. Gesetzk. Bd. II. St. I. S. 130.

von Gobler[24]) ausgesprochen wäre. Allein wie dem auch sey[25]), auf jeden Fall hat diese Ansicht doch erst in der neueren Zeit, und zwar besonders durch die Ausführung von Grolman[26]), eine wirkliche, wenigstens theoretische, Bedeutung erlangt. Ja es ist gerade diese Grolman'sche Erklärung gewesen, welche ohne weiteres einer so allgemeinen Anerkennung von Seiten unserer neuesten s. g. gemeinrechtlichen Schriftsteller sich zu erfreuen hatte, daß sie, abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen[27]), seitdem durchgängig adoptirt worden ist[28]), und eben damit denn, wenigstens was die Theorie betrifft, die Meinung des Remus und seiner Anhänger jetzt in der That als beseitigt gelten kann. Nach dieser Grolman'schen oder, wenn man sie lieber so nennen will, nach dieser neueren

---

24) Verum enimvero si quis furum in praedictis furtis faciendis cuiuspiam domicilium, habitationem, aut aedes, vel die vel noctu, frangendo scandendove cet.

25) S. unten nach Not. 186.

26) Biblioth. für d. peinl. Rechtsw. u. Gesetzk. Bd. I. St. II. S. 57—63.

27) Martin Lehrb. d. Criminalr. §. 154. Not. 12. Salchow Entwickl. d. Verbr. d. Entwend. S. 117. 118. Derselbe Lehrb. d. peinl. R. §. 377. Anfangs war selbst Salchow (Darstell. d. Lehre v. Straf. u. Verbr. II. S. 393. 396.) der Ansicht von Grolman beigetreten. S. auch Tittmann Handb. d. Strafrechtsw. II. S. 448.

28) Erhard Diss. de furti not. p. 103. 104. Klien Revis. d. Verbr. d. Diebst. S. 413—417. Feuerbach Lehrb. d. peinl. R. §. 163. 166. Henke Handb. d. Criminalr. II. S. 434—436. Bauer Lehrb. d. Strafr. §. 251. Roßhirt Lehrb. d. Criminalr. S. 385. Not. 7. Derselbe Gesch. u. System d. Strafr. II. S. 322. Wächter Lehrb. d. Strafr. II. S. 304. 305. Derselbe im N. Arch. d. Crim. R. XII. S. 95. 96. Derselbe in Weiske's Rechtslex. III. S. 413. Abegg Lehrb. d. Strafrechtsw. S. 475. Heffter Lehrb. d. Criminalr. §. 502. Not. 3. Marezoll Criminalr. S. 397. Not. 3. Mittermaier Anmerkk. zu Feuerbach's Lehrb. 13. Ausg. §. 335. Not. I. Hepp im N. Arch. d. Crim. R. XIV. S. 364. Hammer ebendas. 1845. S. 425. 468—477.

und neuesten Ansicht können nun aber die Vorschriften des Art. 159 blos dann Platz greifen, wenn die fraglichen Diebstähle in Gebäuden verübt werden; allein es ist hiernach gleichgültig, ob die Gebäude bewohnt oder unbewohnt sind, gleichgültig, ob sie auch nur die Bestimmung haben als Wohnungen benutzt zu werden oder nicht, gleichgültig ferner, ob sie allein stehen oder als Theile anderer Wohnhäuser erscheinen, ja gleichgültig endlich, ob sie Gebäude im engeren und eigentlichen Sinne sind, oder bloße Schiffe, Zelte, Buden u. s. w. Jedoch alles dieses halte ich für unrichtig.

Nach meiner Meinung setzt die Anwendung des Art. 159 ein wirkliches Wohngebäude, und zwar schlechthin ein solches, voraus, nur freilich in der Art, daß es keinen Unterschied macht, ob der Diebstahl selbst auch in diesem Wohngebäude Statt gefunden hat, oder ob er blos in den dazu gehörigen und mit demselben als wesentlich verbunden zu denkenden Theilen, gleichviel ob diese Theile dann wirkliche Gebäude sind oder nicht, begangen worden ist. Die Verschiedenheit dieser Auffassung gegenüber der eben bezeichneten unserer neueren Schriftsteller ergiebt sich von selbst. Nach meiner Ansicht ist der Art. 159 ausgeschlossen: einmal, wenn das Verbrechen zwar in Gebäuden begangen wird, diese Gebäude aber weder zu eigentlichen (menschlichen) Wohnungen bestimmt sind, noch auch als wirkliche Zubehöre solcher Wohnungen sich darstellen, wie z. B. einzeln stehende Scheunen, Schoppen, Vorrathshäuser, Gartenhäuser &c.; zweitens, wenn die Gebäude zwar zu Wohnungen bestimmt, allein in der That noch entweder nicht wirklich bewohnt oder doch bereits wieder verlassen sind, vorausgesetzt nur, daß in dem letzten Falle dieses Verlassenseyn nicht etwa zufällig oder vorübergehend ist; drittens, wenn es sich von solchen Aufenthaltsorten handelt, in denen zwar, wie z. B. in

Schiffen, Zelten, Buden, Reisewagen ꝛc., zur Zeit des begangenen Verbrechens sich Menschen aufhalten, welche aber dessen ungeachtet nach ihrer ganzen Bestimmung nicht als wirkliche Wohnungen d. h. nicht als bleibende Wohnhäuser erscheinen. Dagegen sind, wie ich glaube, die Vorschriften des Art. 159 anzuwenden: eines Theils, wenn die Gebäude, wo das Verbrechen geschieht, integrirende Bestandtheile eigentlicher Wohnungen sind, wie dieses z. B. bei Scheunen, Kellern, Ställen und überhaupt bei allen Arten von Oekonomiegebäuden gewiß die Regel ist; anderen Theils, wenn das Verbrechen gar nicht in Gebäuden, wohl aber, z. B. an aufgehäuftem Holze, an Ackergeräthschaften u. dgl., innerhalb eines Ortes verübt wird, der mit einer eigentlichen Wohnung durch Mauern, Gräben, Zäune ꝛc. in der Weise verbunden ist, daß beide zusammen ein abgeschlossenes und unzertrennliches Ganze bilden. Ich kann meine Ansicht noch kürzer so ausdrücken: die Diebstähle, von denen der Art. 159 redet, sind nur möglich in einem Wohnhause und in dem zu diesem Wohnhause gehörigen Hofe. Der Begriff wird durch das Wort „behausung", der zweite durch das Wort „behaltung" bezeichnet.

Diese Ansicht habe ich jetzt zu beweisen, das heißt — denn über die Bedeutung von „behausung" als identisch mit Wohnhaus kann ja kein Zweifel seyn — ich habe jetzt darzuthun, daß „behaltung" im Sinne des Art. 159 in der That nichts anderes ausdrückt als Hof oder Hofraum, und zwar gerade denjenigen Hof oder Hofraum, welcher als Zubehör eines Wohngebäudes erscheint.

Ich will vor allem die sprachliche Seite meines Beweisthema in's Auge fassen, und hiernach zunächst die Möglichkeit der aufgestellten Ansicht untersuchen. Ist es, von rein sprachlichem Gesichtspunkte angesehen, zulässig, unter Behaltung so viel als Hofraum zu verstehen? Ich

denke allerdings. Behaltung ist abgeleitet von halten; halten aber heißt haben, fassen, umfassen, einschließen; Behaltung ist also eine Sache oder ein Ort, wo etwas behalten, d. h. wo etwas eingeschlossen und in Folge dieser Einschließung gesichert (behalten, wohl behalten) ist. Genau denselben Begriff hat auch das Wort Hof. Hof kommt, eben so wie das damit verwandte Hafen (englisch haven, französisch havre), von haben, innehaben; es bezeichnet mithin einen Ort, innerhalb dessen etwas gehabt, d. h. innerhalb dessen etwas gehalten wird, wo somit etwas eingeschlossen und, wie z. B. die Schiffe im Hafen, die Acker- und Gartengeräthschaften, die Hausthiere u. dgl. im Hofe, gerade wieder durch diese Einschließung gesichert und gegen etwaige Störungen und Angriffe bewahrt ist [29]). Auf diese Weise sind beide Ausdrücke, Behaltung und Hof oder Hofraum, in der That gleichbedeutend; oder richtiger, es beruhen beide Ausdrücke auf der nämlichen etymologischen Wurzel, und ihr Begriff ist wenigstens ursprünglich derselbe. Nun ist es zwar richtig, daß das Wort Behaltung allmählig einen mehr eingeschränkten Sinn bekommen hat: es ist nach und nach indentisch mit Behältniß oder Behälter geworden; und bezeichnet also zunächst nur noch die engeren und kleineren Räume, wo, wie z. B. in Kisten, Schatullen, Remisen rc., ausschließlich Gegenstände einer gewissen Gattung sich befinden, während das Wort Hof seinen Begriff erweitert hat, und lediglich für solche Orte gebraucht wird, die einen größeren Complex selbst der verschiedensten Gegenstände einschließen. Eben um deswillen ist nun aber auch die Art der Einschließung hier eine andere als dort. Der Hof kann durch ein bloßes Gehäge, durch einen Zaun, einen Graben u. dgl. gebildet werden, und er ist seinem

29) Vgl. Schwenck Wörterbuch der deutschen Sprache. Frankfurt 1834. S. 265. 291.

Begriffe nach wenigstens von Oben immer offen. Die Behaltung dagegen, als gleichbedeutend mit Behältniß oder Behälter, wird durch Schloß und Riegel, durch Thüre und Planken abgeschlossen, und dieselbe muß nothwendig von allen Seiten verwahrt, mithin namentlich selbst oben bedeckt seyn.

Jedoch welche dieser zwei Bedeutungen hat denn „behaltung" im Art. 159? Daß es die engere — gleich Behältniß oder Behälter, und somit gleich Kisten, Koffern ꝛc. — nicht haben kann [30]), hat bereits Grolman (Not. 26.) so schlagend nachgewiesen, daß es unter den jetzt lebenden Schriftstellern wohl nur noch Martin (Not. 27.) ist, der das Gegentheil zu behaupten wagt. Allein eben so wenig läßt sich, einstweilen immer blos von sprachlicher Seite angesehen, die Grolman'sche und damit zugleich die jetzt herrschende Meinung unserer neuesten Criminalisten (Not. 28.) vertheidigen. Daß nämlich „behaltung" so viel als Gebäude bezeichnen soll, und zwar Gebäude aller und jeder Gattung, dafür ist mindestens ein sprachlicher Grund nicht vorhanden, sondern umgekehrt erscheint gerade von diesem Standpunkte aufgefaßt die Ansicht als durchaus willkührlich. Aber noch mehr:

---

30) Wenn dessen ungeachtet in der entsprechenden Stelle der Bambergensis und Brandenburgensis (Art. 185.), ingleichen in dem Projecte von 1521. (Art. 166.), ja selbst noch in der revidirten Bambergensis von 1580. (Art. 185.) „beheltnuß" statt „behaltung" steht, so beweist dieses nur, daß während des ganzen sechzehnten Jahrhunderts auch „beheltnuß" noch einen anderen (weiteren) Begriff gehabt hat, als dieses heut zu Tage der Fall ist. Vgl. P. G. O. Art. 11. „gefenkliche behaltnuß." Art. 169. „weiher oder beheltnuß." Die engere Bedeutung von „beheltnuß" findet sich dagegen schon in P. G. O. Art. 202. Allein gerade hier bedient sich zwar nicht das Project von 1521, wohl aber das von 1529 (Art. 210.) des Ausdrucks „behaltung." In der That scheinen also beide Worte, „beheltnnß" („behaltnuß") und „behaltung" noch schlechtweg identisch gewesen, und sowohl das eine wie das andere bald im engeren, bald im weiteren Sinne gebraucht worden zu seyn.

dieselbe erscheint nicht nur als willkührlich, sondern selbst der reine Wortinterpret muß sie sogar für unmöglich erklären. In dem Art. 159 heißt es: „so eyn dieb jemandts inn sein behausung oder behaltung bricht oder steigt.“ Wäre nun die Interpretation von Grolman richtig, so würde man sich unter diesem „inn sein behausung oder behaltung“ nicht blos ein bestimmtes einzelnes, sondern die allerverschiedenartigsten Gebäude zu denken haben. Allein eben unter dieser Voraussetzung könnte es dann ja nicht seine Behausung oder Behaltung, sondern es müßte vielmehr seine Behausung oder Behaltungen heißen. Weil aber dieses der Fall nicht ist, weil vielmehr umgekehrt „behaltung“, eben so wie „behausung“, im Singular und nicht im Plural steht, ja weil beide Worte mit dem Possessivpronomen „sein“ ganz in derselben Weise verbunden sind: so ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß, im Sinne des Art. 159, Jedermann, gleich wie er blos eine Behausung zu haben pflegt, auch in der Regel blos eine Behaltung haben kann, oder m. a. W. daß die Begriffe von Behausung und Behaltung in der Art correlat sind, daß zu jeder Behausung blos eine Behaltung, zu jeder Behaltung blos eine Behausung gehört [31]). Und was ist das für eine Behaltung, die mit der Behausung in einer so unzertrennlichen Verbindung steht? Wir

---

31) Die gehörige Betonung dieses Possessivpronomens „sein“, welches man bisher so völlig übersehen hat, enthält denn, ganz abgesehen von den bereits von Anderen dafür geltend gemachten Gründen, zugleich die beste Widerlegung jener anderen Ansicht, daß „behaltung“ so viel als Kisten, Koffer, Schränke &c. bezeichne. Auch diese Bedeutung wäre nur dann möglich, wenn statt Behaltung der Plural Behaltungen stände. — Dieses Uebersehen des Possessivpronomens ist übrigens nicht das einzige, dessen man sich bei Erklärung des Art. 159 schuldig gemacht hat. Auf das Uebersehen eines andern, und noch bei weitem wichtigeren, Worts werde ich unten (Not. 218.) aufmerksam machen.

werden später, wenn ich zur Darlegung des im Art. 159 enthaltenen Gedankens selbst mich wende, sehen, daß es nichts anderes als der Hof oder Hofraum ist. Aber auch schon hier, wo wir die Worte des Artikels blos noch von ihrer grammatischen Seite auffassen, dürfen wir sagen, daß, weil sowohl die engere und früher gewöhnlich angenommene als die durch Grolman vertheidigte und jetzt allgemein gebilligte Bedeutung von Behaltung als unmöglich erscheint, kein anderer Ausweg bleibt, als die vorhin bemerkte weitere Bedeutung des Ausdrucks für richtig gelten zu lassen, und demnach, schon als blos linguistische Erklärer, genau dasselbe, d. h. gerade wieder den Hof oder Hofraum uns darunter zu denken.

Aber wie kommt es, könnte man fragen, daß Schwarzenberg, wenn er hier wirklich an Hof und Hofraum gedacht haben sollte, nicht auch diese Worte selbst gebraucht hat? Die Antwort ist einfach. In der gesammten früheren Zeit, und namentlich bei der Aufstellung juristischer Sätze, bei den alten Parömien und Rechtsregeln, ja in der ganzen Gesetz- und Gerichtsprache unserer Vorfahren überhaupt finden wir kaum eine Redeform, deren Gebrauch so beliebt und gewöhnlich gewesen wäre, wie die der Alliteration. Grimm hat eine lange Reihe solcher Alliterationen zusammengestellt [32]), und es wäre nicht schwer, dieselbe noch bedeutend zu vergrößern. Ja es scheint der Gebrauch dieser Form in dem Grade feststehend gewesen zu seyn, daß eigentlich jedesmal, wo nur eben gleichartige Redetheile mit einander verbunden wurden und jene Form sich irgend anwenden ließ, sie auch nothwendig, ohne entschiedene Sprachversündigung, angewendet werden mußte. Ist aber dieses wahr, so dürfen wir jetzt wohl behaupten, daß Schwarzenberg, der ja

---

32) Grimm Rechtsalterth. S. 6—12.

überall auf die Eleganz seiner Sprache einen so besonderen Werth gelegt hat, es nicht im Stande gewesen wäre, einer solchen Versündigung sich schuldig zu machen, und neben „behausung" das damit unverbundene und gleichsam klaffende „hof" zu setzen. In der That, wenn er das letzte Wort hätte gebrauchen wollen, so würde er auch statt des ersten haben „haus" schreiben müssen. Auf diese Weise wäre dann die Alliteration gerettet, ja es wäre nun gerade eine solche gebraucht worden, die, wie wir nachher sehen werden, zu den allergewöhnlichsten und selbst zu den noch heut zu Tage angewendeten gehört. Allein wenn er dieses nicht wollte, wenn er nicht „haus" sondern „behausung" zu setzen vorzog, so blieb ihm hier kaum eine Wahl, und er war jetzt, aus euphonischen Gründen, gezwungen, auch statt „hof" das alliterirende „behaltung" oder, wie es in der Bambergensis und in dem Projecte von 1521 (Not. 30.) heißt, das alliterirende „beheltnuß" zu schreiben[33]. Und daß er nicht „haus" sondern „behausung" geschrieben hat, davon ist, wie schon Walch bemerkt[34], der Grund der, daß Behausung einen weiteren Begriff hat als Haus, und hiernach denn, wenn wirklich einmal alle und jede Wohngebäude, d. h. alle und jede zum bleibenden Aufenhalte von Menschen bestimmte Orte, gleichviel von welcher sonstigen Art oder Beschaffenheit sie seyn mögen, bezeichnet werden sollten, der Ausdruck „behausung" statt „haus" keineswegs als willkührlich, sondern als nothwendig sich darstellt.

Durch diese sprachlichen Bemerkungen scheint mir so viel festgestellt, daß „behaltung" nicht nur so viel als

33) Eben so wie die substantivische Form „Behausung und Behaltung" findet sich auch die verbale „hausen und halten". Grimm Weisthümer I. S. 800.

34) Walch Glossar. p. 202.

Hof oder Hofraum bedeuten kann, sondern daß es gerade im Art. 159 diese Bedeutung haben muß; ja daß, wegen des vorhergehenden Worts „behausung", sogar jeder andere Ausdruck unzulässig gewesen wäre. Bevor ich jedoch weiter gehe und den Sinn des Artikels auch aus inneren Gründen zu entwickeln suche, wird es zweckmäßig seyn, vorerst noch eine andere Frage zu beantworten, die Frage, was man denn unter dem zu einem Wohngebäude gehörenden Hofe oder Hofraume sich zu denken hat. Wir müssen uns hier in die ältesten Zeiten unserer Geschichte zurückversetzen. Schon Tacitus macht bekanntlich darauf aufmerksam, daß es eine Eigenthümlichkeit der Germanen gewesen sey, jeden engeren Zusammenhang unter ihren Wohnungen zu vermeiden, und dagegen durchgängig in der Weise sich anzusiedeln, daß alle einzelnen Wohnungen nicht nur isolirt standen, sondern daß auch eine jede wieder in der Mitte eines abgeschlossenen und sowohl dem Begriffe als der äußeren Erscheinung nach mit ihr nothwendig verbundenen Grundes und Bodens, also in der Mitte eines mit dem Wohnhause selbst ein zusammengehöriges Ganze bildenden Bezirks sich befand [35]). Einen speciellen Namen für diesen Bezirk giebt Tacitus nicht an. Ich halte es jedoch für wahrscheinlich, daß man denselben mit dem Ausdrucke Garten bezeichnet hat. Garten kommt von gürten; es hängt also zusammen mit Gurt und Gürtel, und bedeutet ursprünglich eine Umgürtung oder Umzäunung, d. h. einen umgürteten oder umzäunten, und somit überhaupt einen abgeschlossenen und begränzten Platz oder

---

35) Tacitus German. c. 16. Nullas Germanorum populis urbes habitari, satis notum est, ne pati quidem inter se iunctas sedes. Colunt discreti ac diversi, ut fons, ut campus, ut nemus placuit. Vicos locant non in nostrum morem, connexis et cohaerentibus aedificiis: suam quisque domum spatio circumdat.

Bezirk [36]). Dafür spricht besonders das, daß selbst in den lateinisch geschriebenen Volksrechten zur Bezeichnung jenes Bezirks das Wort curtis gebraucht wird [37]), ein Ausdruck, der doch wohl natürlicher auf den deutschen Namen gürten und Gurt zurückzuführen ist [38]), als daß man ihn, wie es freilich gewöhnlich zu geschehen pflegt, von dem römischen cors oder chors ableiten dürfte. Ja auch das muß hiefür geltend gemacht werden, daß noch in einigen unserer heutigen Ortsnamen — z. B. Stuttgart, Mömpelgard, Stargard, Damgarten, Morgarten, Bremgarten, Weingarten — die Zusammensetzung mit Garten sich erhalten hat, und zwar gewiß in keinem anderen als in dem eben bemerkten ursprünglichen Sinne. Nun ist es allerdings wahr, daß dieser ursprüngliche Sinn des Worts sich im Laufe der Zeit so ziemlich verwischt hat [39]). Anstatt nämlich, wie dieses früher der Fall gewesen war, blos Haus und Garten einander entgegenzusetzen, wurde zwischen beide noch der Begriff von Hof eingeschoben. Auf diese Weise zerfiel denn jener das eigentliche Haus umgebende Bezirk wieder in zwei Theile: in den

36) Schwenck Wörterb. S. 227. 228. S. auch Richthofen Altfriesisches Wörterbuch. Göttingen 1840. s. v. Garda. Schildener Anmerkk. z. Guta-Lagh. Greifswald 1818. S. 149.

37) *L. Salic.* VIII. 1. XXXVII. 4. *L. Salic. emend.* XXXVI. 4. *L. Alamann.* LXXXI. 2. XCVII. 3. 5. *Baiuvar.* IX. 10. X. 1. *L. Wisigoth.* VIII. 1, 4. *Ed. Rothar.* c. 32—34. 282. 283. 383.

38) Dies ergiebt sich vor allem daraus, daß andere, oder auch wohl die nämlichen Volksrechte, welche nicht das Wort selbst, sondern eine Uebersetzung desselben geben wollen, sehr häufig, wo sonst curtis zu stehen pflegt, den Ausdruck hortus gebrauchen. *L. Salic.* VIII. 2. XXVII. 6. 22. 24. *L. Salic. emend.* XXIX. 7. 9. 11. *L. Baiuvar.* VIII. 12. *L. Burgund.* XXV. 1. *L. Wisigoth.* VIII. 3, 2. 7. 13. 15.

39) Merkwürdig ist es jedoch, daß dieser ursprüngliche Sinn sogar in die romanischen Sprachen, in das französische garder, in das italienische guardare, in das spanische und portugisische guardar, übergegangen ist.

Hof, als den dem Hause zunächst liegenden und mit diesem am genauesten verbundenen, die Oekonomiegebäude, die Scheune, die Stallung ꝛc. enthaltenden Raum, und in den Garten im engeren Sinne, als den zweiten, mit dem Hause in einer vergleichungsweise loseren Verbindung stehenden, und zunächst für Erzielung der täglichen Lebensbedürfnisse, der Gemüse, der Baumfrüchte ꝛc. bestimmten Platz. Diese sprachliche Entwicklung, daß der ursprünglich weitere Begriff von Garten allmählig in seine zwei Theile, Hof und Garten im engeren Sinne, zerlegt wird, finden wir überall. So bezieht sich z. B. das griechische *χόρτος* noch bei Homer zugleich auf den Hof oder Hofraum [40]), während es schon bei Euripides in dem engeren Sinne, als gleichbedeutend mit unserem heutigen Garten, vorkommt [41]). Eben so verhält es sich mit dem lateinischen hortus. In der früheren Zeit, namentlich noch in dem XII Tafelgesetze, hatte es die weitere Bedeutung, und es galt hier sogar für identisch mit villa [42]); seinen engeren Begriff hat es wohl erst in der s. g. classi-

---

40) **Homer** Ilias XI. 772 sqq. . . . *γέρων δ' ἱππηλάτα Πηλεὺς*
πίονα μηρί' ἔκηε βοὸς Διὶ τερπικεραύνῳ
αὐλῆς ἐν χόρτῳ.
XXIV. 639 sq. . . . *αἰεὶ στενάχω καὶ κήδεα μυρία πέσσω,*
αὐλῆς ἐν χόρτοισι κυλινδόμενος κατὰ κόπρον.

41) **Euripides** Cyclops (ed. Hermann) v. 511 sqq.
ὑπάγει μ' ὁ χόρτος εὔφρων
ἐπὶ κῶμον ἦρος ὥραις,
ἐπὶ Κύκλωπας ἀδελφούς.

Idem Iphigen. Taur. v. 132 sqq.
Ἑλλάδος εὐίππου πύργους
καὶ τείχη, χόρτων τ' εὐδένδρων
ἐξαλλάξασ' Εὐρώπαν,
πατρῴων οἴκων ἕδρας.

42) **Festus** (Paulus Diaconus) ed. Mueller p. 102. *Hortus* apud antiquos omnis villa dicebatur. **Plinius** Nat. Hist. XIX. 4, 50. In XII tabulis legum nostrarum nusquam nominatur villa, semper in significatione ea hortus.

schen Zeit erhalten [43]). Gerade im Deutschen konnte nun aber die Zerlegung des weiteren Begriffs Garten in Hof und Garten im engeren Sinne um so leichter erfolgen, da beide Ausdrücke ja im Grunde dieselbe Bedeutung haben (Note 29, 36.), und in dem ersten nur der Gedanke der Sicherung, d. h. des durch die Einschließung bewirkten Habens und Haltens, und in so fern des hiedurch gewährleisteten Besitzes etwas mehr betont erscheint, während in dem Worte Garten als solchem nur der Begriff der Einschließung allein, ohne specielle Hindeutung auf den so vermittelten Besitz, enthalten ist. Dieser Zusammenhang zwischen Garten und Hof zeigt sich noch augenfälliger in dem englischen garden und yard (pleonastisch court-yard): denn daß das zweite Wort nur eine andere Flexion des ersten ist, liegt hier auf flacher Hand. Allein freilich ist die ganze Unterscheidung zwischen beiden Ausdrücken doch keineswegs eine sehr scharfe. Im Gegentheile sehen wir, daß, eben so wie in der früheren Zeit Garten (curtis) selbst den Hof mitumfaßte, späterhin auch Hof wieder denjenigen Raum mitbegreift, den wir h. z. T. Garten zu nennen pflegen. So finden wir namentlich, daß auch in dem Hofe nicht blos Fruchtbäume [44]), sondern sogar Hopfen gepflanzt wurden [45]); ja noch in einem Stadtrechte aus dem Anfange des funfzehnten Jahrhunderts wird von dem Hofe genau in derselben Weise geredet, wie von dem Garten in der älteren und weiteren Bedeutung [46]). Jedoch

43) Selbst noch bei Cicero scheint hortus und hortulus einmal als gleichbedeutend mit villa gebraucht zu seyn. Cicero de offic. III. 14.

44) Grimm Weisthüm. III. S. 29. 47.

45) Sachsensp. II. 52, 1. Sächs. Weichb. Art. 127. Grimm Weisth. III. S. 48. Prager Rechtsb. aus dem 14. Jahrh. (herausg. von Rößler. Prag 1845.) Art. 169.

46) Ofner Stadtr. v. J. 1421. (herausg. von Michnay u. Lichner. Preßburg 1845.) Art. 401. Die Ueberschrift dieses

wie dem auch sey: für die Zeit, und vielleicht noch bestimmter gerade für das Vaterland Schwarzenberg's halte ich es für unbedenklich, daß Hof bereits den Gegensatz zu Garten bildete, und somit denn schon denjenigen, und nur denjenigen Raum bezeichnete, welcher mit dem Hause selbst noch in einem engeren Zusammenhange steht und mehr, als dieses bei dem bloßen Garten der Fall ist, auf Schutz und Sicherung der eingeschlossenen Gegenstände abzielt. Ja dieser in dem Worte Hof liegende Begriff des Sicherns und Haltens ist in dem Ausdrucke Behaltung noch schärfer hervorgehoben [47]); und wenn also auch wirklich der damalige Begriff von Hof vielleicht noch ungewiß seyn könnte, so würde doch über den Sinn von Behaltung jeder Zweifel verschwinden, und demnach, schon aus rein philosophischem Gesichtspunkte betrachtet, für den Art. 159 als feststehend gelten müssen, daß hier in der That nur unser heutiger Hof, d. h. nur der zum Sichern und Bewahren im engeren Sinne bestimmte, und mit dem Wohnhause selbst in der nächsten und unmittelbarsten Verbindung stehende Raum gemeint seyn kann.

Wenn der Zweck alles bisher Angeführten der war, eines Theils zu zeigen, daß wenigstens in sprachlicher Hinsicht nichts im Wege steht, unter dem Ausdrucke „behaltung" so viel als Hof oder Hofraum sich zu denken, und anderen Theils zu bemerken, daß dieser hier gemeinte Hof oder Hofraum den Garten im heutigen Sinne nicht etwa mitenthält, sondern vielmehr den Gegensatz dazu bildet:

Artikels ist: „Von den pawm esten, dy in eynes anderen hoff hangenn." In dem Texte selbst dagegen kommt das Wort „hoff" nicht vor, sondern statt dessen heißt es umschreibend: „Es mag nymant seyner pawm este vber seyneß nachparn czawn, reyen ader stete lassen hangen" x.

47) Daher heißt es in P. G. O. Art. 11. „die gefengknuß sollen zu behaltung der gefangen gemacht vnd zugericht sein."

so entsteht jetzt die bei weitem wichtigere Frage, ob denn das bisher blos aus äußeren Gründen gewonnene Resultat auch aus inneren Gründen sich rechtfertigen, oder m. a. W. ob denn das bis jetzt blos als möglich Dargestellte sich auch als wirklich beweisen läßt. Um diese Frage zu beantworten muß ich etwas weiter ausholen.

Schon in der antiken Welt war es Grundsatz, daß das Wohnhaus gewissermaßen als Heiligthum galt, und daß dessen Verletzung stets als besonders strafbar angesehen wurde. Bereits in dem griechischen Rechte tritt dieser Gedanke sehr deutlich hervor [48]). Noch nachdrücklicher finden wir ihn in der bekannten Stelle von Cicero ausgesprochen: Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscuiusque civium? hic arae sunt, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, caerimoniae continentur: hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas est [49]). Ganz die nämliche Ansicht begegnet uns jedoch selbst noch heut zu Tage in der fast sprichwörtlich gewordenen Regel des englischen Rechts: a man's house is his castle [50]). Was Wunder, wenn wir dieselbe Idee auch in dem deutschen, und namentlich in dem früheren deutschen Rechte antreffen? In einem süddeutschen Stadtrechte aus der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts heißt es: „Wier wellen auch daz einem iegleichen purger sein havs sein veste sei" [51]). Ja man möchte beinahe sagen, daß schon die

---

48) Platner Proceß u. Klagen bei d. Attikern I. S. 115.

49) Cicero pro domo c. 41. Vgl. auch Servius in Virg. Aen. II. 469. L. 18. D. de in ius voc. Domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum. L. 103. D. de reg. iur. Nemo de domo sua extrahi debet.

50) Die französische Constitution vom J. VIII. Art 76. drückt dies so aus: La maison de toute personne est un asile inviolable.

51) Hainburger Stadtr. §. 7. (Senkenberg Visiones diversae de collect. legg. Germ. Lipsiae 1765. p. 275.)

Eigenthümlichkeit des germanischen Volkscharakters überhaupt diese Idee als etwas so Nothwendiges erscheinen lasse, daß wir sie eigentlich von vorn herein, und ohne alle weiteren Beweise, vorauszusetzen haben. Und in der That finden wir auch, sowohl in dem ältern als in dem mittlern Rechte, jenen Gedanken von der Heiligkeit und Unverletzlichkeit des Hauses in einer Weise durchgeführt, wie dieses weder in dem griechischen noch in dem römischen Alterthume jemals der Fall gewesen war. Die in dem germanischen Leben überhaupt so fruchtbare und einflußreiche Idee des Friedens [52]) ist es, welche uns auch in dieser Beziehung mit ihrer ganzen Stärke und in ihrem ganzen Umfange entgegentritt. In seinem Hause heißt es, soll Jedermann Frieden und Sicherheit genießen [53]), d. h. es soll das Haus selbst in der Art unter einem höheren Schutz und Schirme stehen, daß jeder Einzelne hier gegen Angriffe und Frevel gesichert ist, und daß jedes Verbrechen, welches dessen ungeachtet hier begangen wird, einen ungleich schwereren und strafbareren Charakter annimmt.

Die beiden hervorstechendsten Seiten, in denen wir diesen Gedanken ausgeprägt finden, sind das Asylrecht und die Heimsuchung. In der ersten Beziehung ist es zwar

52) Vgl. Wilda Gesch. d. deutschen Strafr. I. S. 224 ff.

53) Mühlhauser Stadtr. aus d. 13. Jahrh. (Förstemann das alte Rechtsbuch der Stadt Mühlhausen. Nordhausen 1843.) S. 7. „Hi sal vride habe ein iclich man in sime hus.“ Kaiserrecht (herausg. von Endemann. Cassel 1846.) II. 66. „Der keiser hat genade vnd fride vor allen dingen besteriget eim iglichen mensche in sim huse.“ Grimm Weisthüm. II. S. 6. „Wir gebieden vnd wollen, das eyn igliche mensche sicher sy in sime huse.“ III. S. 599. Es sal ein iglicher mitburger fride habin in seinem huß.“ Greußner Statut. v. 1556. Th. I. Art. 22. (Walch Beiträge z. deutschen Rechte. Jena 1771 ff. Th. VII. S. 98.) „Ein jeder burger sol in seinem hauß, ob ehrs auch gleich gemietet hette, rechte sicherheidt haben, als ob ihme ein bestendiger friede vor gerichte gewirckt were.“

richtig, daß zunächst blos solche Orte als Freistätten (Friedstätten) für den Verfolgten gegolten haben, die, wie Tempel, Kirchen, Klöster u. dgl., sich unmittelbar unter dem Schutze der Gottheit zu befinden schienen [54]). Allein sehr bald ging man doch weiter. Auch die Städte [55]), auch die einzeln stehenden Frohn= und Freihöfe [56]) wurden für Asyle erklärt, und der Friede, der gleichsam über den Mauern derselben schwebte, kam einem Jeden zu Statten, der hülfesuchend auf ihr Gebiet sich zu flüchten vermochte. Aber noch mehr: selbst gewisse, besonders privilegirte Häuser [57]), namentlich Mühlen [58]) und Münzstätten [59]), und — was uns hier das Wichtigste ist — sogar bloße Wohnhäuser als solche [60]), galten als Zufluchtsorte für den

54) Vgl. Grimm Rechtsalth. S. 886—888. Dann in der Zeitschr. für deutsch. R. III. S. 334. 335. 340—342. Wilda a. a. O. I. S. 537—543.

55) Straßburger Stadtr. aus d. 11. Jahrh. Art. 2. (Grandidier Histoire de l'église et des évêques — princes de Strasbourg. Strasbourg 1776. 1778. Tom. II. p. 42.) Soester Stadtr. aus d. 11. oder 12. und aus d. 13. Jahrh. (Haeberlin Analecta medii aevi. Norimbergae 1764.) S. 509. 520. Augsburger Stadtr. v. 1276. (Freyberg Sammlung deutscher Rechtsalterthümer. Mainz 1828.) S. 52.

56) Grimm Weisth. I. S. 317. 324. 335. 339. 652. 673. 675. 679. II. S. 68. 81. 162. 249. 254. 257. 259. 266. 267. 293. 299. 308. 311. 313. 319. 324. 341. 342. 402. 412. 463. 472. 480. 506. 508. 528. 530 ff. III. S. 131. 135. 138. 392. 397. 423. 437. 519 ff.

57) Grimm Weisth. I. S. 335. 587. II. S. 244. 266. III. S. 461.

58) Grimm Weisth. II. S. 25. 81. 85. 110. 118. 244. 254. 267. 289. 320. III. S. 608.

59) Augsburger Stadtr. S. 12.

60) *L. Frision.* Addit. Sapient. I. 1. Homo faidosus pacem habeat in domo sua. *L. Saxon.* III. 4. Qui hominem propter faidam in propria domo occiderit, capite puniatur. Casseler Stadtr. v. 1239. §. 3. (Kuchenbecker Analecta Hassiaca. Marburg 1728 ff. Th. IV. S. 263.) **Si quis forte sanguinem cuiusquam effuderit,**

Schutzbedürftigen, als Stätten der Ruhe und des Friedens, deren Störung als Verbrechen, und zwar als das schwere Verbrechen der Heimsuchung, betrachtet wurde [61]). Was nun aber diese Heimsuchung selbst, also die zweite Seite angeht, in der wir den Gedanken von der Heiligkeit des Hauses noch ungleich weiter und stärker durchgeführt finden, so umfaßte dieselbe alle Fälle, wo auf irgend eine Art die Wohnung eines Menschen angegriffen, und der Schutz, den ein Jeder innerhalb dieser „Veste" (Note 51.) erwarten durfte, auf irgend eine Weise verletzt wurde. Eine genauere Schilderung dieses so tiefeingreifenden und so charakteristischen Verbrechens, mit seinen mancherlei Abstufungen und Schattirungen, hat für die Zeit der Volksrechte Wilda geliefert [62]). Aber auch in dem spätern Mittelalter hat es an seiner ursprünglichen Wichtigkeit nichts verloren [63]). Am ausführlichsten handeln hier-

---

aut quemcunque interficeret, et locum transgressionis evadens in domo sua se recepit, vel si in domum alicuius civis fugerit, ab omni violenta impetitione securum esse volumus eundem. Burgdorfer Freiheitsbrief von 1316 (Walther Geschichte des Bernerischen Stadtrechts. Bern 1794. Beil. S. 93.) Omnis quicunque metu corporis, aut rerum compulsus, aut alia de causa fugerit, vel ierit in domum alicuius Burgensis, debet habere in ea bonam pacem, in rebus pariter et persona. Hainburger Stadtr. §. 7. S. 275. „Wier wellen auch daz einem iegleichen purger sein havs sein veste sey, vnd ein sicherer zuflucht im vnd den seinen, vnd einem iegleichen, der darin get vnd fleucht." Grimm Weisth. III. S. 686. „Es ist auch ze merkhenn, wen nain nachgepawr den andern erschlüg, der hat freiung in seinem haws." Goslarer Statut. aus d. 14. Jahrh. (herausg. von Göschen. Berlin 1840) S. 50. „We den husvrede brict, de ne hevet nenne vrede in huse."

61) Augsburger Stadtrecht S. 12. 72.

62) Wilda Gesch. d. deutsch. Strafr. I. S. 952—959.

63) Vgl. Walch Diss. de pace domestica, in Opusc. Halae 1785 sqq. Tom. II. p. 116—137. Boehmer ad Carpzov. qu. 40. obs. 2. Jarcke Handb. d. Strafr. II. S. 222 ff. Henke Handb. d. Criminalr. III. S. 284 ff. Wilda in Weiske's Rechtslex. VI. S. 270 ff.

über das Augsburger, Bamberger und Regensburger Stadtrecht [64]). Jedoch in ähnlicher Weise wird davon auch in fast allen andern Stadt- und Landrechten [65]), in

---

64) Augsburger Stadtr. S. 72—74. Bamberger Stadtr. aus d. 14. Jahrh. (herausgeg. von Zoepfl. Heidelberg 1839.) §. 193—199. 437. Regensburger Stadtr. aus d. 14. Jahrh. (Freyberg Sammlung historischer Schriften und Urkunden Bd. V.) S. 67—70.

65) Freiburger Stadtr. v. 1120. (Schreiber die älteste Verfassungsurkunde der Stadt Freiburg im Breisgau. Freiburg 1833.) S. 31. 34. Freiburger Stadtrod. aus d. 13. Jahrh. §. 42. 46. (Schreiber Urkundenbuch der Stadt Freiburg im Breisgau. Freiburg 1828. 1829. Bd. I. S. 14. 15.) Hamburger Stadtr. v. 1270. XI. 1. v. 1292. L. §. 1. v. 1497. N. §. 1. v. 1605. IV. 51. Hainburger Stadtr. §. 7. S. 275 ff. Ulmer Stadtr. v. 1296. Art. 19. (Jäger Schwäbisches Städtewesen des Mittelalters. Stuttgart 1831. Bd. I. S. 732.) Mühlhauser Stadtr. S. 7. Züricher Richtbr. aus d. 13. Jahrh. (Helvetische Bibliothek. Zürich 1735. St. II.) S. 19. 20. Celler Stadtr. v. 1301. Art. 25. (Leibnitz Scriptores rerum Brunsvicensium. T. III. p. 483.) Magdeburg-Görlitzer Stadtr. v. 1304. Art. 13. (Gaupp das alte Magdeburgische u. Hallische Recht. Breslau 1826. S. 275.) Speierer Stadtr. v. 1328. §. 36. (Lehmann Chronica der freyen Reichs-Statt Speyer. Frankfurt 1662. S. 328.) Salfelder Statut. aus d. 14. (nicht 13.) Jahrh. Art. 1. (Walch Beiträge z. deutsch. R. I. S. 13.) Kulmer Stadtr. aus d. 14. Jahrh. (herausg. von Leman. Berlin 1838.) II. 30. Münchner Stadtr. aus d. 14. Jahrh. (herausg. von Auer. München 1840.) Art. 13. 275. 276. Freisinger Stadtr. v. 1359. (Freyberg Samml. histor. Schriften u. Urk. V.) S. 196. Memminger Stadtr. v. 1396. (Freyberg a. a. O. V.) S. 275. Goslarer Statut. S. 50 ff. Kölner Stadtr. v. 1437. Art. 84. (Statuta vnd Concordata der h. freyen Reichs Statt Cölln. Gedr. nach 1570.) Ofner Stadtr. Art. 229. Hallisches Stadtr. v. 1482. (Dreyhaupt Beschreibung des Saal-Kreyses. Halle 1749. 1750. Th. II. S. 316.) Gerauer Statut. v. 1487. Art. 35. (Walch a. a. O. II. S. 115.) Greußner Statut. IV. 62—64. (Walch a. a. O. VII. S. 217. 218.) Rudelstädter Statut v. 1594. (Walch a. a. O. V. S. 41.) Blankenburger Statut v. 1594. (Walch a. a. O. V. S. 86.) Oesterreich. Landr. aus d. 13. Jahrh. Art. 61. (Senkenberg Visiones de collect. legg. Germ. p. 248.) Baier. Landr. v. 1346. Art. 180. 181. Hadelner Landr. v. 1583. (herausg. v. Spangenberg. Hannover 1823.) IV. 5. Davoser Landb. v. 1646. 1695. (Landbuch der Landschaft und Hochgerichtsgemeinde Davos. Chur 1831.) S. 12.

den Weisthümern[66]), in den Rechtsbüchern[67]), und selbst in den Kaisergesetzen[68]) geredet. Ja noch in dem heutigen englischen[69]), und besonders in dem heutigen schottischen Rechte, wo sogar der altgermanische Name hamesucken sich erhalten hat[70]), kommt das Verbrechen fortwährend, und zwar schlechthin in seinem frühern Sinne und Umfange vor. Blos in Deutschland selbst ist seine ehemalige Bedeutung nach und nach untergegangen oder verwischt worden. Während es ursprünglich ein großer Verbrechenskörper, ein eigentliches Collectivverbrechen gewesen war, wurde es im Laufe der Zeit — ähnlich wie im römischen Rechte die perduellio, das parricidium, und so manche andere crimina[71]) — in seine einzelnen Theile zerlegt, und ein jeder dieser Theile wieder als ein selbstständiges Ganze ausgebildet. Allein dessen ungeachtet haben sich sogar in unserem neuesten Rechte noch einzelne Spuren und Nachklänge davon erhalten, und unser s. g. Hausfriedensbruch[72]), wenn auch in der That nichts anderes als der

---

66) Grimm Weisth. I. S. 18. 237. 282. 298. 331. 351. 547. 817. II. S. 6. 226. III. S. 648. 661. 695.

67) Schwabensp. (Ausg. von Laßberg) Art. 301. Sächs. Weichb. Art. 38. 88. Vermehr. Sachsensp. II. 3, 2—4. Kaiserr. II. 66.

68) Heinrich's VII. Gesetz v. 1234. (Pertz Monum. Germ. IV. p. 301.) Rudolph's I. Gesetz v. 1281. §. 6. 7. (Pertz l. c. IV. p. 427.)

69) Die Bestimmungen des ältern englischen (angelsächsischen) Rechts sind zusammengestellt bei Davoud-Oghlou Histoire de la législation des anciens Germains. Berlin 1845. Tom. II. p. 417 sqq.

70) Hume Commentaries on the law of Scotland, respecting crimes. 3. Ed. Edinburgh 1829. Vol. I. p. 312—323.

71) Vgl. Osenbrüggen das altrömische Paricidium. Kiel 1841. S. 49 ff.

72) Preuß. Landr. II. 20. §. 525—532. Oesterr. Gesetzb. §. 72. 73. Baier. Gesetzb. Art. 422. 423. Oldenb. Gesetzb. Art. 451. 452. Sächs. Gesetzb. Art. 119. Württemb.

letzte und fast verkommene Sprößling jenes sonst so mächtigen Stamms, verdient noch immer gerade wegen dieses seines Ursprungs und gerade als lebender Zeuge für die ehemalige Heimsuchung unsere volleste Aufmerksamkeit.

Aber diese zwei Seiten — die Anerkennung des Asylrechts und die Strafbarkeit der Heimsuchung — wobei die Idee von der Heiligkeit und Unverletzlichkeit des Hauses uns mit solcher Stärke entgegentritt, sind keineswegs die einzigen. Im Gegentheile sehen wir jene Idee so ziemlich das ganze germanische Leben durchdringen und in den allerverschiedensten Beziehungen, bald schwächer bald deutlicher, sich geltend machen. Ja nicht blos das Haus im engeren Sinne ist es, dem diese Heiligkeit zukommt, sondern genau das nämliche gilt auch von jenem abgeschlossenen und als integrirender Bestandtheil desselben erscheinenden Raume oder Bezirke, von dem Hofe und, wenigstens was die ältern Zeiten betrifft, von dem Garten [73]). Der Grundsatz: „Jedermann soll Frieden haben in seinem Hause" (Not. 53.), wird von anderen Rechtsquellen — nicht als Erweiterung, sondern als genauere Bestimmung — so ausgedrückt: „Jedermann soll Frieden haben in seinem Hause und in seinem Hofe [74]), oder auch so:

Gesetzb. Art. 193. 194. Braunschw. Gesetzb. §. 180. Hannov. Gesetzb. Art. 180. Hessen=Darmst. Gesetzb. Art. 164. 165. Vgl. Häberlin Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern. Leipzig 1845 ff. II. S. 285—294. S. auch Thilo Strafgesetzbuch für Baden. Karlsruhe 1845. S. 267.

73) Vgl. Walch de pace domest. Opusc. II. p. 121—124.

74) Heinrich's IV. Gesetz von 1103. (Pertz Monum. IV. p. 61.) Omnes homines pacem habeant in domibus, et in curiis infra legitimas areas domum, quas hovestete vulgo vocamus, sive sint septae seu nulla sepe sint circumdatae. Greußner Statut. IV. 62. „Ein jeder burger, sampt dem ganzen haußgesinde, sol in seinem hause vndt hoffe rechten friede haben." Friesische Rechtsq. (herausg. von Richthofen. Berlin 1840.) S. 115. Thit is thi erosta kere,

„Jedermann soll Frieden haben in seinem Hause und in seinen vier Pfählen" [75]). Die Begriffe von Haus und Hof sind in der That dergestalt verbunden, daß sie eigentlich gar nicht getrennt werden können: was von dem Einen gilt, gilt nothwendig auch von dem Andern. Ich will hier blos beispielsweise auf Einiges aufmerksam machen.

Daß die Anerkennung des Asylrechts nicht auf das Haus im engeren Sinne beschränkt war, sondern in gleicher Art den Hofraum umfaßte, können wir schon daraus ersehen, daß selbst die früheste Aeußerung dieses Rechts, die Anerkennung der kirchlichen Freistätten, auch auf den zur Kirche gehörenden Garten und Kirchhof sich erstreckte [76]). Noch deutlicher ist eine solche Ausdehnung in einem Gesetze Heinrich's IV. vom J. 1103 ausgesprochen: Si in via occurrerit tibi inimicus tuus, si possis illi

---

and thi warth mith ethon bisweren midda alle Riostringon, thet allera monna hwek fretho hede binna houi and binna huse.

75) Hallisches Stadtr. bei Dreyhaupt Beschreib. d. Saalkreis. II. S 316. „Ein itzlicher vnser burger sall frede vnd gemache haben in seynem hause vnd in seynen vier pfelen." Vermehr. Sachsensp. II. 3, 1. „In glicheme manne in sin fir pheln unde wenden furder frede sal haben mit starckeme und grossherme rechte wen ussweudigk." Hadelner Landr. IV. 5. „Ein jeder soll in seinen vier pfalen haben fried." S. auch Glosse z. Sachsensp. II. 66, 1. „Etliche sagen, daß aus diesem der gemeine haußfried kommen sey, welchen ein jeder in seinem hauß und hoff, das ist in seinen vier pfälen haben sol."

76) *Chlothachar.* II. Decr. c. 6. (Pertz Monum. III. p. 12.) Carol. M. Capit. a. 803. c. 3. (Pertz l. c. III. p. 113. 288. Capitular. ed. Benedictus Levita VII. 174. (Walter Corp. iur. Germ. II. p. 715.) Sachsensp. II. 66, 1. Schwabensp. (Laßberg) Art. 248. 329. . Ruprecht v. Freising (herausg. von Maurer. Stuttgart 1839.) I. 163. 209. Gutalagh (herausg. von Schildener. Greifswald 1818.) VIII. 14. XIII. 2. S. auch Goslarer Statut. S. 50. „We den husvrede brict, de ne hevet nenne vrede in kerken noch in kerkhove."

nocere, noceas; si fugerit in domum vel in curtem alicuius, illesus maneat [77]). Eben so heißt es in einem späteren Weisthume: „Item der schöffen heuser und höfe sollen auch frei sein ... und der todschleger ist sicher in eines jeden schöffen hus oder hove vier wochen und zween tage" [78]). Ganz besonders betont jedoch wird jene Gleichstellung des Hofes (und Gartens) mit dem Hause bei der Heimsuchung. Schon in den Volksrechten finden wir den vicus, die curtis, die villa als Orte genannt, wo im Ganzen eben so wie in der domus selbst das Verbrechen geschehen kann [79]). In der nämlichen Weise heißt es aber auch in den Rechtsquellen des spätern Mittelalters, daß dasselbe sowohl in dem Hofe als in dem Hause [80]),

77) Pertz Monum. IV. p. 60.

78) Grimm Rechtsalterth. S. 891. S. auch Jütisches Low (herausg. von Falck. Altona 1819.) II. 91. „Würde der Dieb also los, daß er in seinen eigenen Behalt und freien Gewahrsam käme, so darf man ihn nicht greifen." Grimm Weisth. II. S. 266. „Item erkent der scheffen drey freyer faill, der erst St. Georgenhoff, der zweit des kirchhern hauß sambt seiner gerechtigkeit." Goslarer Statut. S. 50. „We den husvrede brict, de ne hevet nenne vrede in huse noch in hove."

79) *L. Salic.* XVIII. XLV. 4. *L. Salic. emend.* XVI. *L. Baiuvar.* III. 8. X. 1. *L. Frision.* XVII. 4. *L. Wisigoth.* VIII. 1, 4. *Ed. Rothar.* c. 19. 34. 282. vgl. mit *L. Salic.* XLV. 1. *L. Salic. emend.* XLIV. 1. *L. Baiuvar.* X. 2, 1. *L. Angl. et Werin.* X. 9. Carol. M. Capit. a. 811. c. 2. (Pertz Monum. III. p. 169. 307.)

80) Speierer Stadtr. §. 36. „Das heisset heimsuche, da man freveliche in jemans hoff oder huß gienge unde jemand dinne verserte." Münchner Stadtr. Art. 13. „Waer auch, daz ainer den andern anchlagt, er hab in haimgesuocht mit gewaffenter hant in seinem haus und hof" rc. Baier. Landr. Art. 180. „Waer auch, daz ainer den andern bechlagt, er hab in haimgesuocht mit gewaffenter hant in seinem haus oder in seinem hof" rc. Grimm Weisth. I. S. 351. „Und darumb git man den haber, das einer fri sie in sinem hus und hof, das in nieman darin schmäche, überlauf noch benotte." Davoser Landb. S. 12. „Welcher den andern zu hus oder hoff suochte frefentlich." Friesische Rechtsq. (Richt-

oder, wie sich andere Quellen ausdrücken, daß es überhaupt durch jede Verletzung der „Were"[81]), oder durch jeden Angriff innerhalb der „vier Pfähle eines Bürgers"[82]) begangen werde. Nicht weniger deutlich ist in dem schottischen Rechte die Ansicht festgehalten, daß **hamesucken** nicht auf das eigentliche Haus (**mansion-house**) beschränkt sey, sondern daß es vielmehr den ganzen, dasselbe zunächst umgebenden Bezirk, also gerade den s. g. Hofraum (court-yard) umfasse[83]). Ja selbst noch in unseren neuesten deutschen Gesetzbüchern finden wir den Haus-

hofen) S. 62. 63. 230. **Tha haghesta hemsecninga, huasa ferth mith hode aud mit herefona and mith ene vnriuchhte here to otheres monnes houue and huse . . . Tha leresta, huasa mith hode and mith herefona lath in otheres monnes houe and huse.**

81) Hamburger Stadtr. v. 1270. XI. 1. (v. 1292. L. §. 1. v. 1497. N. §. 1.) „So wor en man mit beradeneme mode vnde mit beladenen vrunden an des anderen were geit, vnde ene sleit, wert he in der were beholden, he schal it beteren mit sines sulues halse." Friesische Rechtsq. S. 7. **Thit is thiv fiarde liodkest, sa hwa sa orne birauade, and vmbethingades an siue were fore, sa brekth hi ther on, alsare efter beta skil, mith tian reilmerkon.**

82) Gerauer Statut. Art. 35. (Walch Beiträge II. S. 115.) „Item es soll niemand einem bürger an sein hauß oder vier phähle stürmiglich schlagen, klopffen . . . . auch einen bürger in seinem hauß oder vier pfähle mit einigerley vnrechter that nicht anfertigen: wer an dem bricht" ꝛc. Rudelstädter Statut. VI. 7. 8. (Walch a. a. O. V. S. 41.) „Wer einen bürger muthwillig und freventlich in sein hauß oder vier pfählen läufft . . . . der soll" ꝛc. Blankenburger Statut. (Walch a. a. O. V.) S. 86.

83) Hume Comment. I. p. 315 sq. Hume selbst hält zwar die Ausdehnung auf den Hofraum für bedenklich; allein sämmtliche von ihm angeführten Urtheilsprüche bezeugen eine constante Praxis für das Gegentheil. In der älteren Gerichtssprache sagte man, **hamesucken** bestehe **in the searching or seeking for a person, in or about his house.** Genau so ist das Verbrechen auch bestimmt in einem Weisthume vom J. 1330. Grimm Weisthüm. I. S. 298. „Wer auch, ob einer dem andern schalclich nachlueff, oder ynne beschalckte by sinem hus, darinn oder da vor, der sol" ꝛc.

friedensbruch als „widerrechtliches Eindringen in die Wohnung eines Andern oder in den dazu gehörigen geschlossenen Bezirk" definirt [84]).

Diese rechtliche Identificirung des Hofes und Hauses wiederholt sich überhaupt fast bei jeder Gelegenheit. So war es z. B. hinsichtlich der Brandstiftung einerlei, ob das Haus oder ob der Hof angezündet wurde [85]). Eben so machte es hinsichtlich der Befugniß des Eigenthümers, den auf der That ertappten Dieb zu tödten oder ihn wenigstens durchzuprügeln, keinen Unterschied, ob er denselben im Hause oder blos im Hofe (Garten) ergriffen hatte [86]). Das nämliche galt von der gerichtlichen Vorladung. Wer rechtsgültig vor Gericht gefordert werden sollte, dem mußte die Ladung in seinem Hause oder in seinem Hofe eröffnet werden [87]). Ja in einigen Rechtsquellen ist die Identificirung des Hauses und Hofes in einer Weise ausgesprochen, daß sie sich eigentlich auf alle und jede Verbrechen zu beziehen scheint [88]). Jedoch eben deswegen,

---

84) Sächs. Gesetzb. Art. 119. Württemb. Gesetzb. Art. 193. Braunschw. Gesetzb. §. 180. Hessen-Darmst. Gesetzb. Art. 165.

85) Hadelner Landr. V. 5. „Welcher mit vorsatz des andern haus oder hof ansticket, der soll mit feuer vom leben zum tode gerichtet werden." Friesische Rechtsq. S. 77. Sa hwa sa to otheron fari nachtes to houi and to huse bi slepandere thiade and bi unwissa wakandon mith enere glandere glede, and al thet god barnt, ther hi heth an houi and an huse . . . sa skil hi etc.

86) Hamburger Stadtr. v. 1605. Th. IV. Art. 33. S. auch Grimm Rechtsalterth. S. 638.

87) Sachsensp. III. 5, 1. 60, 3. Augsburger Stadtr. S. 52. Grimm Weisth. III. S. 471. 581. 602. 603. 772.

88) Grimm Weisth. I. S. 355. „Item wer auch sach, das yeman fräfelty in dem hoff und in dem hus." Eine solche unbedingte Gleichstellung des Hofes und Hauses darf übrigens um so weniger auffallen, da sie ja auch hinsichtlich des Kirchhofs und der Kirche anerkannt war. Schwabensp. Art. 82.

wegen dieser das gesammte deutsche Recht durchdringenden Ansicht, daß das Haus und der Hof als etwas Zusammengehöriges und Unzertrennliches erscheinen, ist es auch sehr begreiflich, daß wir die Ausdrücke „Haus und Hof", oder, was dasselbe bedeutet, die Ausdrücke „Haus und Hofstätte"[89]), „Haus und Hofraithe"[90]), „Haus und Garten[91]), „Haus und Bezirk"[92]), „Haus sammt seinem Begriff"[93]), „Haus sammt seiner Gerechtigkeit"[94]), bei jeder Gelegenheit und in den allerverschiedensten Verbindungen antreffen. So heißt es z. B. „zu Haus und Hof sitzen"[95]), „zu Haus und Hof kommen"[96]), „zu Haus und Hof nachfolgen"[97]), „zu Haus und Hof pfänden"[98]), „zu Haus und Hof richten"[99]), „über Haus und Hof klagen"[100]), „Haus und Hof haben"[101]), „von Haus und Hof vertreiben"[102]) u. s. w.[103]). Ja

---

249. „Swer an dem andren vrevelt in der kilchen, der sol buozzen geistlichem gerichte vnde weltlichem gerichte, vnd dem andren, an dem er gevrevelt hat. Diz recht hat auch der kilchhof."

89) Ruprecht v. Freis. II. 68. Prager Stadtr. Art. 109.

90) Grimm Weisth. III. S. 598. 803.

91) Grimm a. a. O. III. S. 591.

92) Grimm a. a. O. III. S. 791.

93) Grimm a. a. O. I. S. 781.

94) Grimm a. a. O. II. S. 266.

95) Grimm a. a. O. III. S. 156.

96) Grimm a. a. O. III. S. 264.

97) Grimm a. a. O. III S. 449.

98) Grimm a. a. O. II. S. 785.

99) Ruprecht v. Freis. II. 69.

100) Orlamünder Statut. aus d. 14. Jahrh. §. 7. (Walch Beiträge II. S. 72.)

101) Augsburger Stadtr. S. 52. Münchner Stadtr. Art. 43. 289—291. 319. Grimm Weisth. III. S. 280.

102) Reichsabsch. v. 1551. §. 78.

103) Sächs. Weichb. Art. 120. Grimm Weisth. III. S. 314. S. auch Richthofen Altfries. Wörterb. S. 821.

nicht blos die substantivische Form „Haus und Hof", sondern eben so die verbale „hausen und hofen" [104]), „behaust und behoft sein" [105]), ist wenigstens in den älteren Rechtsquellen eine ziemlich gewöhnliche.

Ist aber dieses wahr, erscheint der Hof (und Garten) als ein wirklich integrirender Theil des Hauses, und genießen beide denselben rechtlichen Schutz, d. h. sind beide von demselben rechtlichen Frieden umgeben, und wird die Verletzung dieses Friedens sowohl hier wie dort im Allgemeinen gleichstrafbar angesehen: so versteht es sich von selbst, daß auch für die Handhabung der Rechtspflege es besonders wünschenswerth seyn mußte, den Begriff jenes Hofes genauer bestimmt und sogar durch äußere Merkmale ihn fixirt zu sehen. Zur Vornahme einer solchen Fixirung bedurfte es nun freilich früherhin keines ausdrücklichen Gebots. Zur Zeit des Tacitus sowohl wie in der Periode der Volksrechte war es eben allgemeine Sitte, daß ein Jeder den Raum, welchen er selbst als Theil seines Hauses angesehen haben wollte, durch irgend ein äußeres Zeichen — einen Graben, einen Erdwall, eine Umzäunung — abgränzte [106]): ja diese Abgränzung war sogar die Ursache des ganzen Begriffs von Hof und Garten, keineswegs die Folge desselben. Allein später, während des Mittelalters oder wenigstens gegen das Ende desselben, scheint man in dieser bloßen Sitte nicht mehr die erforderliche Garantie gefunden zu haben. Schon der Sachsenspiegel enthält die Bestimmung, daß ein Jeder verpflichtet seyn solle, seinen Hof in gehöriger Art zu um-

---

104) Sachsensp. II. 40, 2. Lüneburger Stadtr. aus dem 13. u. 14. Jahrh. (herausg. von Kraut. Göttingen 1846.) S. 27. 28. 33. Münchner Stadtr. Art. 317. Kulmer Stadtr. III. 145. V. 25.

105) Grimm Weisth. III. S. 656.

106) Cropp in d. Criminal. Beitr. II. S. 16—18.

zäunen [107]). Und ganz dasselbe wiederholen auch mehrere Weisthümer, namentlich selbst noch einige aus dem Ende des sechzehnten Jahrhunderts [108]). Eben auf diese Weise aber wurde es jetzt, in Folge einer sehr nahe liegenden Metonymie, gewöhnlich, statt des Ausdrucks „umzäunen”, die Worte „befrieden”, oder „verfrieden”, oder „in Frieden legen” zu gebrauchen [109]); ja in einigen Stellen finden wir sogar statt „Zaun” ohne weiteres „Friede” gesetzt [110]). Der solcher Gestalt umzäunte und in Frieden gelegte Ort selbst übrigens, d. h. eben der ganze, Haus und Hof umfassende, Raum oder Bezirk wurde „Were” oder „Gewere” genannt [111]); und vielleicht ist es gerade dieser Begriff von „Were”, welcher als der älteste und ursprünglichste betrachtet [112]), und aus dem jeder andere, namentlich auch der in den späteren Quellen bei weitem gewöhnlichste von Besitz überhaupt, hergeleitet werden muß [113]).

---

107) Sachsensp. II. 49, 2. III. 66, 3. Ofner Stadtr. Art. 164. S. auch Grimm Weisth. I. S. 355. 686. III. S. 15. 30. 46. 69.

108) Grimm a. a. O. I. S. 780. 782.

109) Grimm a. a. O. I. S. 440. III. S. 589. 642. 667. 719.

110) Grimm a. a. O. III. S. 476. „So jemand wiesen auf diese weide stoßen hette, und die verzeunen soll, wie fest er den frieden soll machen? Ist gewiß, daß der friede soll gemacht werden also hoch und fest, daß zwey gespannte perde nit können darüber kommen.”

111) Cropp in d. Criminal. Beitr. II. S. 18—22. Albrecht die Gewere. Königsberg 1828. S. 12. 13.

112) S. jedoch auch Grimm Rechtsalterth. S. 555. 556. 602. 603. Richthofen Altfries. Wörterb. S. 1138.

113) Dieser spätere (weitere) Begriff gegenüber dem ursprünglichen (engeren) tritt am deutlichsten in denjenigen Stellen hervor, wo Were gerade den Gegensatz zu Haus und Hof bildet. So z. B. Friesische Rechtsq. S. 77. Sa hwa sa to otheron fari nachtes to houi and to huse . . . . and al thet god barnt, ther hi heth an houi and an huse, an weron and an warson etc.

Sehen wir jetzt, bevor ich weiter gehe, auf das Resultat des bisher Gesagten zurück, so scheint dessen Anwendung auf das Verbrechen, um das es uns hier zunächst zu thun ist, fast von selbst sich zu ergeben. Wenn wir nämlich finden, daß so ziemlich in allen übrigen Beziehungen, bei der Heimsuchung, bei der Brandstiftung, bei der Tödtungsbefugniß gegen den auf der That ertappten Verbrecher u. s. w., die Begriffe von Haus und Hof als rechtlich zusammenfallend, als gleichsam umschlungen von denselben Banden des Friedens und des äußeren Schutzes sich darstellen: so ist doch wohl nichts näher liegend als die Vermuthung, daß dieser nämliche Gedanke eben auch bei dem Verbrechen des Diebstahls sich müsse geltend gemacht haben, und daß somit dieselben Bestimmungen, welche hinsichtlich des Diebstahls in Häusern gegolten haben, auch auf den Fall müßten übertragen worden seyn, wo derselbe in den zu jenen Häusern gehörigen Höfen und Gärten verübt wurde. Ja eine solche Uebertragung, oder vielmehr eine solche blos consequente Anwendung des in allen andern Beziehungen geltenden Grundsatzes auf den Diebstahl haben wir um so mehr zu vermuthen, als es gerade dieses Verbrechen ist, welches im deutschen Rechte schon von den frühesten Zeiten her mit einer Genauigkeit und Sorgfalt behandelt wurde, womit für das ältere Recht etwa blos die Behandlung der Körperverletzung, für das mittlere etwa blos die Behandlung der Fälschung [114])

---

114) Dessen ungeachtet ist es gerade dieses Verbrechen, wobei unsere Schriftsteller die Armuth und Lückenhaftigkeit der Quellen des deutschen Rechts zu beklagen pflegen. Eine solche Klage ist nur Demjenigen möglich, der die Summe unserer einheimischen Strafrechtsnormen in der Carolina zu finden gewohnt ist. Der Grund, weßhalb Schwarzenberg nicht umständlicher über die Fälschung geredet hat, ist offenbar der, daß er gerade hier, gleich wie bei so manchen andern Verbrechen, ein vollständiges und bis in das kleinste Detail durch-

sich vergleichen läßt. In der That, glaube ich, müssen wir diese Voraussetzung — die präsumtive Gleichstellung des Diebstahls in Häusern mit dem in Höfen und Gärten — schon an und für sich, und ganz abgesehen von den Nachrichten unserer positiven Quellen, zum mindesten so lange für wahr oder vielmehr für nothwendig halten, als eben nur jene Ansicht über die rechtliche Identität der Häuser und Höfe überhaupt, jene Ansicht eines beide gemeinschaftlich umfassenden Friedens auch in andern Beziehungen gegolten hat. Sollten übrigens die folgenden Erörterungen die Richtigkeit dieser hier blos als Vermuthung ausgesprochenen Behauptung ergeben, so würde sich diese selbst dann auch noch anders ausdrücken lassen. Bedenkt man nämlich, daß bei allen sonstigen Verbrechen ihre Verübung in Häusern und Höfen immer als ein Erschwerungs- oder s. g. Qualificationsgrund angesehen wird, und erinnert man sich zugleich, daß das Wesen des deutschrechtlichen Diebstahls überhaupt ja in einer Ver-

---

geführtes System vorfand, und dieses System dann nur einfach beibehalten und eben durch sein Schweigen recipiren zu müssen glaubte. Wollen wir hier also auch blos die Rechtsansichten zur Zeit der Carolina kennen lernen, so dürfen wir uns nicht auf diese selbst beschränken, sondern wir müssen zugleich alle diejenigen Nachrichten benutzen, welche nach der Absicht des Verfassers zur Ergänzung und Vervollständigung seiner Arbeit dienen sollten. Geschieht dieses aber wirklich, so könnten wir uns wohl am Ende eher über einen zu großen Reichthum als über eine zu große Dürftigkeit der Quellen beschweren. Denn in der That sind es von der fast zahllosen Masse der hier in Betracht kommenden Stadt- und Landrechte nur wenige, von denen sich nicht sagen ließe, daß schon jedes einzelne für sich ein bei weitem fruchtbareres Material darbiete, als die entsprechenden, leider so verkehrter Weise herbeigezogenen, Bestimmungen des römischen Rechts. Ich hoffe, daß ich endlich Zeit finden werde, um mein schon so lang gegebenes Versprechen (Archiv 1840. S. 98.), eine mindestens theilweise Revision des Verbrechens der Fälschung zu liefern, erfüllen zu können.

letzung der s. g. Were besteht [115]), der Begriff dieser Were aber wieder theils ein weiterer theils ein engerer ist [116]), so könnte man dann auch kurz so sagen: ein Diebstahl, wodurch die Were im weiteren Sinne verletzt wird, muß als ein s. g. gemeiner, ein Diebstahl, wodurch die Were im engeren Sinne verletzt wird, muß als ein s. g. qualificirter betrachtet werden.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

---

115) S. besonders Erhard Diss. de furt. not. p. 60—81. Cropp in d. Crim. Beitr. II. S. 13 ff.

116) Vgl. Albrecht Gewere S. 1—13.

XIII.

Von den Verbrechen, welche nur auf Antrag das Verletzten verfolgt und bestraft werden sollen.

Von
H. A. Zachariä.

(Fortsetzung des Aufsatzes im Jahrgang 1845. Nr. XVIII. S. 566.)

In dem ersten Theile dieser Abhandlung ist eine Darstellung der Bestimmungen des gemeinen Rechts [1]) über diejenigen Verbrechen versucht worden, deren Verfolgung und Bestrafung durch die Obrigkeit von einem Antrag oder einer Anzeige des Verletzten [2]) als abhängig erscheint, und wodurch also unter Voraussetzung des accusatorischen Processes sowohl das Auftreten eines andern Privat-Anklägers als das Klagen von Amtswegen, unter Voraussetzung des inquisitorischen Processes aber das amtliche Einschreiten des Richters bei allen diesen Verbrechen als ausgeschlossen betrachtet werden muß.

Wir wenden uns nun zu der zweiten Frage, deren Erörterung schon am Schluß des ersten Aufsatzes angekündigt worden ist, nämlich zu der Frage, auf welchen rechtlichen oder politischen Gründen die Ausschließung der

1) Vergl. darüber auch noch Henke, Handb. des Criminalrechts Th. IV. §. 27. der in dieser Hinsicht verhältnißmäßig noch am ausführlichsten unter den neueren Rechtslehrern ist.

2) Antrag und Anzeige sind nicht ganz identisch, wie sich noch weiter unten ergeben wird.

amtlichen Verfolgung und Bestrafung (auf welche es bei der praktischen Bedeutungslosigkeit des Privatanklage-Processes allein noch ankommen kann) beruhen könne? Dieser Punkt ist von besonderer Wichtigkeit für eine neue Gesetzgebung; er hat aber auch Bedeutung für die Anwendung der schon vorhandenen positiv-rechtlichen Quellen, indem von der richtigen Erkenntniß der innern Gründe jener in den Gesetzen ausgesprochenen Ausschließung der amtlichen Verfolgung die Beantwortung mehrerer untergeordneten, im positiven Rechte nicht entschiedenen Fragen abhängig ist. Der Gesetzgeber aber muß, wie sich von selbst versteht, der innern Gründe seiner Normen sich klar bewußt seyn und muß, bevor er Regeln aufstellen kann und von diesen Regeln vielleicht wieder Ausnahmen statuirt, sich des, die Regel sowohl, als die Ausnahme bestimmenden, Princips bewußt werden.

Drei Gesichtspunkte sind es nun, auf welche sich, wie ich glaube, die einzelnen Fälle, in welchen die öffentliche Bestrafung eines Delicts von dem Antrag oder der Anzeige des Verletzten oder anderer Betheiligten abhängig zu machen ist, reduciren lassen. Es giebt nämlich:

1. Verbrechen, bei welchen die vom Staate zu verhängende Bestrafung des Thäters, nach der Natur des Vergehens, mehr den Charakter einer Privat-Satisfaction des Verletzten behält, und wo der Staat nur deshalb das Strafamt übernimmt, weil außerdem der Beleidigte, wenn ihm nicht die Aussicht auf eine vom Richter zu verhängende Ahndung des Beleidigers eröffnet wäre, sich leicht zu Handlungen der Eigenmacht und Privatrache bestimmen lassen würde, so daß dann aus der ganz natürlichen und mit jeder Erwiderung sich steigernden Retorsion des Unrechts eine wesentliche Störung und Gefährdung der öffentlichen Ordnung hervorgehen würde. — Hier ist es dann aber auch höchst natürlich, daß der Grundsatz „Wo

kein Kläger ist, da ist auch kein Richter" zur Anwendung gebracht werde, indem da, wo der Beleidigte selbst nicht den Willen hat, eine Bestrafung des Gegners zu provociren, der Grund für die öffentliche Bestrafung solcher Delicte und damit das Strafrecht des Staats selbst cessirt. Dies ist zweifellos der Fall bei allen Injurien, die deshalb auch im gemeinen Recht, wie wir gesehen haben, und ebenso in allen neuern Gesetzgebungen als Vergehen hingestellt sind, die nur auf Antrag des Verletzten bestraft werden können. Ganz auf dieselbe Linie sind aber leichtere Körperverletzungen zu stellen, mögen sie nun in einer Culpa oder einem Dolus des Thäters ihren Grund haben, indem hierbei die nämlichen Rücksichten eintreten wie bei der Injurie, mit der sie oft in idealer Concurrenz stehen und mit welcher sie auch schon im positiven Rechte zusammengestellt werden.

2. In einer andern Klasse von Fällen ist zwar nicht zu verkennen, daß das Delict im Allgemeinen zu denjenigen gehört, welche im Interesse des Staats oder der öffentlichen Ordnung ohne Rücksicht auf den Willen desjenigen, in dessen Privat-Rechtssphäre verletzend eingegriffen wurde, bestraft werden müssen. Allein durch das besonders nahe Verhältniß des Thäters zum Verletzten wird die rechtliche Bedeutung des Vergehens geändert. Diese beschränkt sich zunächst auf eine engere Sphäre, als die des Staats ist, nämlich die der Familie, und der Staat, der letztere zwar in ihren äußern Beziehungen zu schützen hat, von ihren innern Verhältnissen aber zunächst gar nicht berührt wird, aus dessen nicht provocirter Einmischung in den meisten Fällen eine unzulässige Störung des häuslichen Friedens und eine unnöthige Beeinträchtigung der innig verbundenen Ehre der Familienglieder hervorgehen würde, hat hier um so weniger Beruf zum officiellen Einschreiten, als er von der Voraussetzung aus-

gehen muß, daß die in ihrer Sphäre selbstständig waltende Familiengewalt, welcher auch ein gewisses Strafamt nicht abgesprochen werden kann, zur Ahndung solcher Vergehen als ausreichend zu betrachten sey [3]). Dabei versteht es sich von selbst, daß auch die unter Nr. 1. aufgeführten Vergehen, wenn sie unter solchen nahverbundenen Personen sich ereignen, um so mehr dem amtlichen Einschreiten entzogen seyn müssen, als hier ein doppelter Grund dafür spricht. Andrerseits läßt sich aber auch nicht verkennen, daß dies überhaupt nicht auf solche Verbrechen Anwendung finden kann, die als schwere Verletzungen der rechtlichen und sittlichen Ordnung unter allen Umständen die Sphäre der Familiengewalt und häuslichen Zucht überschreiten, wie z. B. Angriffe auf das Leben, bedeutendere Körperverletzungen und gewisse durch die Art der Begehung qualificirte oder gefährliche Diebstähle, sowie Vergehen, welche durch das damit verbundene öffentliche Aergerniß schon dadurch über die Sphäre der Familie hinaus in das Bereich des obrigkeitlichen Strafamtes getreten sind. Unter dieser Voraussetzung werden daher nicht blos alle mit vis publica verübten Verbrechen, sondern auch z. B. Injurien der Kinder gegen die Eltern, ohne Rücksicht auf den Antrag des beleidigten

3) Ueber die zum Theil hiermit übereinstimmenden Gründe, auf welchen nach römischem Rechte die Ausschließung der furti actio des paterfamilias gegen die seiner Gewalt untergegebenen Kinder, des dominus gegen seinen Sclaven und des einen Ehegatten gegen den andern beruhte, s. Konopak im Neuen Archiv Bd. VI. S. 267 f. Die L. 17. pr. D. de furtis (XLVII. 2.) macht den Grund geltend: „Neque enim *qui potest in furem statuere*, necesse habet adversus furem litigare", während in der L. 16. eod. auf die s. g. unitas personae Bezug genommen wird. Außerdem ist aber ohne Zweifel die Rücksicht auf die innig verbundene Ehre der Familienglieder zur Ausschließung der infamirenden furti actio wirksam gewesen, wie Konopak a. a. O. S. 270 gut entwickelt hat. Vergl. auch oben Jahrg. 1845. S. 590 f.

Theils zum officiellen Einschreiten als qualificirt erscheinen. Denn der Staat, welcher auch die Verletzungen der äußern Sitte, insofern diese ebenfalls unter den allgemeinen Rechtsbegriff fällt, im Interesse der öffentlichen Ordnung zu strafen verpflichtet ist, schreitet hier um so mehr auch unaufgefordert zum Zweck der Bestrafung ein, als in diesen Fällen der Beweis vorliegt, daß die sittliche Ordnung der Familie in Anarchie übergegangen und die Familiengewalt ohnmächtig geworden ist, weshalb nun jure devolutionis das Familienstrafrecht auf ihn selbst als den Schirmvogt aller irdischen Verhältnisse des menschlichen Lebens übergeht.

3. Ganz verschieden von diesen beiden ersten Klassen ist eine dritte Klasse von Fällen, in welchen es sich um ein an sich zur öffentlichen Bestrafung geeignetes Delict handelt und bei welchen auch das besondere Verhältniß des Thäters zum Verletzten und ein schon ohnedies begründetes Strafrecht einer andern sittlichen Sphäre nicht in Betracht kommen kann, wobei aber eine erhebliche Rücksicht auf den Verletzten selbst und dessen eigenes und seiner nächsten Angehörigen dabei betheiligtes Wohl, sein Ruf und seine Lebensstellung, sowie die Ruhe und der Friede der Familie, für den Staat die dringende Anforderung begründen, nicht unaufgefordert und ohne Anzeige der zunächst Betheiligten eine gerichtliche Verfolgung des Thäters einzuleiten und die Sache in strepitum judicii zu ziehen, wie dies z. B. in Betreff der hierher gehörigen gemeinrechtlichen Fälle beim Verbrechen des Ehebruchs, der Entführung und der Nothzucht, der Fall ist. Auch würden die betrügerische und die unfreiwillige Schwächung und andere verwandte Fälle hierher gerechnet werden können.

Außer diesen drei Verbrechensarten sind noch diejenigen Fälle kurz ins Auge zu fassen, welche die neuere Theorie unter der Rubrik der öffentlichen oder Staatsverbrechen

zusammengestellt hat, und welche in einer Verletzung der den concreten Staatsorganismus schützenden Gesetze bestehen, oder unmittelbar gegen die Existenz und die Integrität des Staats und einzelner Ausflüsse der Staatsgewalt gerichtet sind. Soll vielleicht, kann man hierbei fragen, bei diesen Verbrechen die gerichtliche Verfolgung von einer besondern Ermächtigung der Staatsregierung abhängig gemacht werden? Diese Frage ist aber im Allgemeinen gewiß zu verneinen, indem durchaus kein Grund für eine solche Beschränkung der mit der gerichtlichen Verfolgung des Verbrechens beauftragten Organe ersichtlich ist. Nur eine Ausnahme haben wir hier zu machen, welche auch schon das gemeine Recht anerkennt, nämlich die s. g. Majestätsbeleidigung, in sofern sie nicht in einem thätlichen Angriff auf die Person des Staatsoberhauptes besteht. Der Grund ist aber nicht sowohl der allgemeine, welcher die Injurie der Official-Verfolgung entzieht, als vielmehr die Nothwendigkeit, daß die Majestät des Regenten, welche höchst zarter Natur ist, oder daß die geheiligte Person des Staatsoberhauptes nicht ohne dessen eignen Willen, in eine gerichtliche Verhandlung hineingezogen werde. Dies ist eine objective, überall in gleicher Weise sich geltend machende, Rücksicht; die Gründe, welche die L. un. Cod. Si quis imperatori maledix. geltend macht [4]), sind, abgesehen von dem auch erwähnten Falle vorhandener Zurechnungslosigkeit des Thäters, durchaus subjectiver Natur und bezielen mehr die Geneigtheit zur Ausübung des dem Regenten natürlich auch hier zustehenden Begnadigungsrechts.

Was endlich die auch schon früher (Archiv 1845. S. 571 f.) erwähnten Amtsverbrechen betrifft, so liegt der

4) „— quoniam, si id ex levitate processerit, contemnendum est, si ex insania, miseratione dignissimum, si ab injuria, remittendum."

Grund, weshalb reine Dienstvergehen nur auf Antrag der vorgesetzten Staatsbehörde zur gerichtlichen Verfolgung und Bestrafung zu ziehen sind, ganz einfach in der Rücksicht auf die Ordnung des öffentlichen Dienstes, welche durch unaufgefordertes Einschreiten der Gerichte leicht verletzt oder gefährdet werden könnte. Auch würde ein solches Einschreiten an sich nicht ausführbar seyn, ohne den mit der Strafverfolgung beauftragten Organen ein Aufsichtsrecht über die Verwaltung des Dienstes einzuräumen, was wieder als eine durchaus unzulässige Concession betrachtet werden muß.

Nach dieser nähern Betrachtung und Feststellung der Gründe, auf welchen die Unzulässigkeit einer Official-Verfolgung gewisser Verbrechen beruhen kann, ist es nun auch möglich, über die praktisch wichtige Frage eine Entscheidung zu geben, welche Bedeutung der Zurücknahme des Strafantrags von Seiten desjenigen, durch dessen Willenserklärung die Einleitung des Verfahrens bedingt war, beigelegt werden müsse? Die schon oben (Jahrg. 1845. S. 567 f.) angeführten Schriften gehen auf diese Frage gar nicht ein und, so viel mir bekannt ist, hat in Betreff des gemeinen Rechts nur Konopak bei Gelegenheit eines die Anwendung des Art. 165 der P. G. O. betreffenden Rechtsfalles [5]) die Ansicht ausgesprochen, daß beim Familien-Diebstahl durch die Zurücknahme des Antrags von Seiten des Bestohlnen das obrigkeitliche Strafrecht ausgeschlossen werde, indem die P. G. O. a. a. O. sage, „doch soll die Oberkeit oder Richter in diesen Fällen von Amtswegen nit klagen, noch strafen." Dagegen hat v. Bothmer diese Frage allgemeiner, ob-

5) im Neuen Archiv des Criminalrechts, Bd. VI. S. 281 f.

wohl nur für das Hannoversche Criminalgesetzbuch, in Betracht gezogen [6]) und schon in der Ueberschrift der Abhandlung die Behauptung ausgesprochen, daß der Fortgang eines Criminal-Verfahrens, dessen Einleitung durch den Antrag der betheiligten Person bedingt sey, durch die Zurücknahme dieses Antrags nicht gehemmt werde. Der Verf. geht dabei von der allgemeinen Annahme aus, daß schon gemeinrechtlich bei den hier in Frage befangenen Vergehen, unter Voraussetzung des Untersuchungs-Processes „nur der Beginn der Amtsthätigkeit des Untersuchungs-Richters, nicht aber deren Fortgang bedingt" sey [7]). Dabei stützt er sich sogar auf die Analogie des Anklage-Processes, indem hierin das willkührliche Fallenlassen der Anklage als Prävarication strafbar sey, und nimmt zugleich Bezug theils auf die im Art. 12 der P. G. O. dem Ankläger auferlegte, durch die Fortsetzung des Verfahrens beziehende, Cautionsleistung, theils auf die Bestimmung des Art. 78 der P. G. O., worin auch dem Beklagten der Antrag auf Bestimmung des endlichen Rechtstages gestattet wird. Allein alle diese Gründe können für unsere Frage nichts beweisen. Denn abgesehen davon, daß die angezogenen Bestimmungen der P. G. O. nur die Sicherstellung der Rechte des Angeklagten auf Ertheilung eines Erkenntnisses bei einer bis dahin verfolgten Anklage, mit Rücksicht

---

6) Erörterungen und Abhandl. aus dem Gebiete des Hannov. Crim.-Rechts u. Proc. Bd. I. No. XI. S. 219 f.

7) v. Bothmer beruft sich dabei auf Henke Handb. Th. IV. §. 27. u. Tittmann Handb. Th. III. §. 411. Allein das letztere Citat paßt nicht, und Henke sagt sehr unbestimmt: Auch wenn kein anderes Hinderniß des Strafverfahrens in concreto vorhanden seyn sollte, könne „dennoch wenigstens der Eröffnung desselben der Mangel einer ausdrücklichen Aufforderung von Seiten der unmittelbar Betheiligten entgegenstehen." Henke schließt also Fälle, wo auch der Fortgang des Verfahrens und die Bestrafung von dem Willen des Betheiligten abhängig seyn kann, nicht geradezu aus.

auf die mögliche Calumnia des Anklägers bezwecken, so wird dadurch auch überhaupt nur eine Regel für die im Anklage-Proceß verfolgten öffentlich strafbaren Verbrechen begründet und nichts hinsichtlich derjenigen Verbrechen entschieden, bei welchen nur der Betheiligte als Ankläger auftreten konnte. Außerdem kommt noch in Betracht, daß die strengen Bestimmungen des römischen Rechts über Tergiversation der Ankläger in Deutschland wohl nie praktisch geworden sind. Vielmehr nehmen die ältern Criminalisten [8]), und wohl mit Recht, an, daß der Ankläger seine Klage allerdings fallen lassen könne, jedoch vorbehältlich der Ansprüche des Beklagten auf Schadensersatz und Genugthuung und ohne dadurch dem Richter, wegen der Concurrenz des Inquisitions-Processes, das Recht zur Official-Verfolgung des Thäters zu entziehen, wobei aber eben wieder die Frage entsteht, ob dies letztere auch bei solchen Verbrechen zulässig sey, welche nur auf Antrag des Verletzten bestraft werden können. Auf die Grund-Maxime des Untersuchungs-Verfahrens, welche, wie v. Bothmer sagt [9]), in der freien Selbstbewegung des Richters besteht, kann man sich nur vermöge einer petitio principii berufen, und noch weniger möchten die von demselben Schriftsteller angedeuteten angeblichen Unzuträglichkeiten zu bedeuten haben, welche mit der Zulässigkeit einer Zurücknahme des Antrags verbunden seyn würden, wie insbesondere, daß es „wider den Ernst der Strafjustiz verstoße, wenn die Hemmung des Rechtsganges im freien Belieben von Privatpersonen stände" und daß dadurch allerlei Einwirkungen auf den Antragsteller die Bahn gebrochen würde. Diese Nebenrücksichten können zwar andere materielle Grün-

8) Vergl. z. B. Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechts. Bd. III. §. 806. Dorn, pract. Commentar Bd. II. §. 433; auch Tittmann Handb. Th. III. §. 924.

9) Erört. u. Abhandl. Th. I. S. 223.

de verstärken, allein nicht da in Betracht kommen, wo aus einem innern in der Natur des Vergehens selbst liegenden, mithin rechtlichen Grunde auch die Zurücknahme des Antrags als zulässig betrachtet werden muß. Ist dieses aber der Fall, so wird auch das Schweigen des Gesetzes über diesen Punkt, was von Bothmer in Betreff des Hannoverschen Criminal-Gesetzbuches geltend macht [10]) und noch weniger das aus einer speciellen Bestimmung über den Ehebruch (Art. 258. 259) entlehnte Argumentum a contrario ein besonderes Gewicht in Anspruch nehmen können, sowie auch der Grund, daß die gesetzlichen Ausdrücke, „Antrag", „Verlangen", „Anzeige", nur ein vorübergehendes Factum und keinen bleibenden Zustand bezeichneten, mithin die „Fortdauer der geäußerten Willens-Richtung" nicht als Bedingung involvirten, schon deshalb die Frage nicht entscheiden kann, weil die ausdrückliche Zurücknahme des Antrages etwas hiervon an sich verschiedenes ist und der Zweifel, ob das Gesetz bei den fraglichen Verbrechen keine Bestrafung gegen den Willen des Betheiligten verhängen wolle, hierdurch nicht gehoben werden kann.

Nebenbei mag übrigens schon hier bemerkt werden, daß die verschiedenen im Gesetz vorkommenden Ausdrücke „Antrag und Verlangen" einer Seits und „Anzeige" andrer Seits keineswegs für so identisch zu halten sind, wie v. Bothmer in Beziehung auf das Hannoversche Criminal-Gesetzbuch (a. a. O. S. 221) angenommen hat. Denn die beiden ersten Ausdrücke bezeichnen mehr, als der letztere. Eine Anzeige oder Denunciation setzt den Richter von einem Factum in Kenntniß, in der Absicht, ihm die amtliche Benutzung und Verfolgung zu überlassen. Der Ausdruck „Antrag oder Verlan-

10) Erört. u. Abhandl. a. a. O.

gen" dagegen involvirt die Bedeutung der Klage, welche mit dem Bewußtseyn erhoben wird, daß das, was geschehen solle, zu seinem, des Klagenden, Rechte gehöre. Ein Denunciant kann nichts „beantragen", nichts „verlangen" und schon deshalb läßt sich annehmen, daß das Gesetz diese verschiedenen Ausdrücke nicht bedeutungslos gewählt habe; besonders wenn sich zeigen sollte, daß gerade die Fälle, in welchen der eine oder der andere Ausdruck gebraucht worden ist, ihrer innern Natur nach verschieden sind [11]). Auch kann man eine einmal erfolgte Anzeige nicht zurücknehmen; während ein Antrag, ein Verlangen, was schon ausgesprochen worden ist, allerdings zurückgenommen werden kann. — Außerdem tritt aber noch eine andere Verschiedenheit in der gesetzlichen Ausdrucksweise hervor. Bald heißt es, es solle ohne Anzeige, Antrag oder Verlangen des Betheiligten keine Untersuchung stattfinden; bald wird gesagt, daß das Delict ohne diese Voraussetzung nicht bestraft oder geahndet werden solle. Hier mögen wir nun allerdings zugeben, daß das Gesetz diesen Ausdrücken keine verschiedene materielle Bedeutung beilegen wollte und daß es vielleicht nur zur Abwechselung die eine oder andere Bezeichnung gewählt hat. Dagegen dürften diejenigen Fälle wieder auszuzeichnen seyn, wo das Gesetz beides cumulativ neben einander gestellt und offenbar nicht ohne Absicht gesagt hat, es solle nicht „zur Untersuchung und

---

11) Bei der Beleidigung der Stände, Verleumdung, Injurie, Diebstahl, Unterschlagung und Betrug zwischen nahen Angehörigen und auch beim Ehebruch spricht das Hannov. Crim. Gesetzb. von Antrag oder Verlangen des Betheiligten. Dagegen bei der Nothzucht, Schändung, Schwächung, Entführung und einigen andern Fällen nur von einer Anzeige. Dies paßt sich ganz der hier auszuführenden Ansicht von der verschiedenen Behandlung dieser Fälle in Betreff der Zulässigkeit einer Zurücknahme des vom Betheiligten bei Gericht gethanen Schrittes an.

Strafe" gezogen werden, oder „Untersuchung und Bestrafung" finde nicht Statt, wie schon in Betreff des Art. 165 der P. G. O. hervorgehoben worden ist, und wie auch z. B. im Hannoverschen Gesetzbuche (Art. 258. 259. Art. 269.), diese cumulirende Ausdrucksweise einige Male vorkommt.

Nach dieser kritischen Betrachtung der über unsere Frage ausgesprochenen theoretischen Ansichten Anderer, wird es nun an der Zeit seyn, daß auch die eigene Ansicht über die Sache vorgelegt werde. Diese geht aber unter Bezugnahme auf die oben gegebene Classification der hier in Frage befangenen Verbrechen dahin, daß

1) bei den Delicten der ersten Klasse, bei welchen die Bestrafung entschieden den Charakter einer Privatsatisfaction des Beleidigten hat, und die mithin jedenfalls nur auf Antrag oder Verlangen desselben zu bestrafen sind, weil außerdem der ganze Rechtsgrund der Bestrafung cessirt, nicht blos die Zurücknahme des Antrags vor gefälltem Straferkenntniß zulässig sey, sondern auch nach erkannter Strafe, die Verzeihung des Beleidigten die Execution der Strafe hindern müsse.

In diese Klasse gehört heutiges Tages vor Allen die Privatinjurie und die derselben gleich zu setzende Körperverletzung geringfügiger Art. Bei diesen Vergehen muß der Beleidigte oder Verletzte auch nach eröffnetem Straferkenntniß das Recht haben, die Strafe ganz oder theilweise zu erlassen. Consequenter Weise sollte man aber auch bei einer ohne Rücksicht auf den Willen des Beleidigten zur öffentlichen Bestrafung geeigneten Injurie dasselbe Princip in so weit zur Anwendung bringen, als damit eine Privatinjurie in idealer Concurrenz steht. Gewöhnlich werden jedoch hier ganz unzulässiger Weise auch in Beziehung auf andere Fragen, z. B. in Betreff des

Einflusses der Einrede der Wahrheit, die beiden strafbaren Eigenschaften der That, oder der Umstand, daß hier mehrere verschiedene Delicte in idealer Concurrenz stehen, nicht berücksichtigt [12]). Außerdem muß aber auch die Amtsbeleidigung, das Verbrechen der beleidigten Majestät und das reine Dienstverbrechen in so fern härter gerechnet werden, als auch hier selbst nach eingeleiteter Untersuchung ein Verzicht des Staats durch das competente Organ, oder des Staatsoberhauptes selbst auf die weitere Verfolgung oder Bestrafung, auch abgesehen von der hier concurrirenden Begnadigungs-Befugniß [13]), das weitere strafgerichtliche Einschreiten und die Bestrafung selbst hindern muß, und dasselbe glauben wir in Betreff der im Art. 147 des Hannov. Crimin. Gesetzb. erwähnten Beleidigung der Ständeversammlung und einzelner Mitglieder derselben behaupten zu müssen.

2) Bei den Delicten der zweiten Klasse, d. h. derjenigen, bei welchen der Staat nur vermöge einer Aufforderung des verletzten Familiengliedes oder des Hauptes der Familie das Strafamt gegen den derselben Familie angehörigen Thäter übernimmt, wird zwar auch eine Zurücknahme des Antrags vor gefälltem Straferkenntniß als zulässig betrachtet werden müssen; ist aber die Strafe einmal rechtlich erkannt, so kann nun von keiner Zurücknahme des Antrags und von keinem Verzicht mehr die Rede seyn, weil es sich hier um ein

---

12) Wenn z. B. Jemand, der einem Richter als solchen gegenüber steht, diesen injuriirt, so ist die exceptio veritatis allerdings in so weit unzulässig, als es eine formelle Injurie gegen das richterliche Amt ist. Allein für die Bestrafung kann und darf es nicht gleichgültig seyn, ob der Vorwurf ein wahrer oder ein falscher war. Man sollte doch hierbei die Analogie der Bestimmungen des gemeinen Rechts (P. G. O. Art. 110) über die Schmähschrift nicht übersehen.

13) A. M. ist auch hier v. Bothmer a. a. O. S. 224 f.

an sich zur öffentlichen Bestrafung geeignetes Delict handelt, bei welchem, wenn die Strafe erkannt ist, ein Erlaß der Strafe nicht von dem Privatwillen abhängig seyn kann.

Gemeinrechtlich finden wir in Betreff des hierher gehörigen Familien-Diebstahls in der P. G. O. Art. 165 ausdrücklich anerkannt, daß der Richter von Amtswegen nicht klagen noch strafen solle, wenn zwischen Ehegatten oder vom „nächsten Erben" des Bestohlnen ein Diebstahl begangen sey. Hierdurch ist die Befugniß des Bestohlnen zur Zurücknahme seines Antrags, wie schon oben bemerkt wurde, entschieden anerkannt, und nur das könnte als zweifelhaft erscheinen, ob das Gesetz hier nicht weiter gehe und auch die Execution der erkannten Strafe vom Willen des Bestohlnen abhängig mache? Gewiß kann man aber diese Frage unbedenklich verneinen, da der gesetzliche Ausdruck zunächst nur auf die Verhängung der Strafe zu beziehen ist. Dies soll nicht blos von Amtswegen geschehen. Daß aber auch über die Zulässigkeit der rechtlich festgestellten Strafe die Willkühr des Bestohlnen entscheiden solle, würde nur dann angenommen werden können, wenn durch die ratio legis eine solche Folgerung begründet würde. Dagegen versteht sich von selbst, daß auch bei Unterschlagung, Betrug und Fälschung, in so weit wir sie nach Analogie des Art. 165 der P. G. O. auf gleiche Weise wie den Diebstahl zu behandeln haben [14]), von der Zurücknahme des Antrags dasselbe wie vom Familien-Diebstahl gelten müsse.

3) Für die Delicte der dritten Klasse endlich muß man, zufolge der oben entwickelten Natur derselben, zugeben, daß, wenn einmal in Folge der Anzeige des Betheiligten

---

14) Vergl. Archiv 1845. S. 593.

das Strafverfahren, sey es vom Inquirenten im Inquisitions-Proceß, oder vom Staatsanwalt im neuern Anklage-Verfahren, eingeleitet worden ist, die Fortsetzung und rechtliche Beendigung desselben von dem Willen des Betheiligten gänzlich unabhängig sey.

Mit Rücksicht auf die schon gegebene Recension der Bestimmungen des gemeinen Rechts, würden án sich der Ehebruch, die Entführung, das Verbrechen der Nothzucht und das Crimen *partus suppositi* hierher gerechnet werden müssen. Was aber den Ehebruch und die Entführung betrifft, so wird bei ihnen doch wieder die Nothwendigkeit einer Ausnahme zugegeben werden müssen und zum Theil auch schon aus dem gemeinen Recht und mit Rücksicht auf den nicht zu umgehenden Schutz der Ehe oder den favor matrimonii gerechtfertigt werden können. In Betreff des Ehebruchs wird nämlich zunächst die Bestimmung des canonischen Rechts [15]) über die Wirkung der vom unschuldigen Ehegatten ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten Verzeihung nicht blos das Recht, wegen Ehebruchs auf Scheidung zu klagen, sondern auch die Befugniß zur Anklage auf öffentliche Bestrafung [16]), ausschließen müssen und consequenter Weise wird man dann auch ohne Widerspruch mit der Absicht des Gesetzes nicht in Abrede stellen können, daß, wenn der beleidigte Ehegatte zwar die Bestrafung beantragt hatte, aber dieser Antrag vor gefälltem Strafurtheil, mit der Erklärung

15) cf. c. 4. 5. 6. C. XXXII. qu. 1. c. 25. X. de jurejur. II. 24. c. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. (IV. 20.) Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts. Th. II. S. 471. S. 484.

16) Die Denunciation, welche dabei das canon. Recht von der *accusatio* wegen Ehebruchs unterscheidet, bezieht sich blos und allein auf das kirchliche forum poenitentiae und gehört also gar nicht hierher. Vergl. auch Wächter, Abhandl. aus dem Strafrecht. Th. I. S. 125.

zurücknimmt, er verzeihe dem angeschuldigten Ehegatten und sey bereit die Ehe mit demselben fortzusetzen, dann das strafrichterliche Verfahren aufgehoben werden müsse und keine Bestrafung stattfinden könne. Nach gefälltem Strafurtheil dagegen wird die Verzeihung nur noch bei einer nachgesuchten Begnadigung in Betracht kommen können. Ebenso muß man in Betreff der Entführung einer ledigen Frauensperson [17]) behaupten, daß, wenn die Entführte frei von der Gewalt des Entführers in die Ehe mit demselben einwilligt und auch der Vater dazu seine Einwilligung ertheilt, die Einleitung und auch die Fortsetzung des strafgerichtlichen Verfahrens ausgeschlossen werden müsse [18]). Einer bloßen Zurücknahme des Antrags, ohne Erbieten zur Ehe oder ohne wirkliche Eingehung derselben, wird man dagegen diese Bedeutung nicht beilegen können, und bei der Entführung einer Ehefrau, die allerdings auch nur auf Antrag des beleidigten Gatten bestraft werden soll, bleibt es bei der für diese Verbrechensklasse aufgestellten Regel, d. h. es wird die Zurücknahme der Anzeige die Fortsetzung des Verfahrens und die Bestrafung des Entführers nicht hindern können. Dagegen muß in Betreff der dem Entführer freiwillig folgenden Frau die Analogie des Ehebruchs entscheiden, sie mag sich nun dem Entführer wirklich Preis gegeben haben oder nicht, mithin die Bestrafung derselben ausgeschlossen werden, wenn der Mann verzeiht und zur Fortsetzung der Ehe bereit ist.

Noch betrachten wir die Frage, in wie weit in dem Falle, wo von mehrern Personen das Delict verübt worden

17) can. 8. C. XXXVI. qu. 2. Cap. 7. X. de raptor. (V. 17.) Eichhorn a. a. O. Th. II. S. 864 f. Vergl. auch Wächter a. a. O. S. 89 f.

ist, der Wille des Verletzten oder Betheiligten auf die Verfolgung und Bestrafung sämmtlicher Mitschuldigen von Einfluß sey? Und auch hier tritt die Nothwendigkeit, die Entscheidung mit Rücksicht auf die verschiedenen Klassen der hierher gehörigen Delicte zu geben, klar hervor. Es wird nämlich zufolge der obigen Ausführungen gar keinem Zweifel unterliegen, daß

1. bei den Vergehen der ersten Klasse es vom Willen des Beleidigten abhängen muß, ob er gegen den einen oder den andern Mitschuldigen oder gegen Alle die Bestrafung beantragen will. Es ist mithin in diesem Falle die gegen den einen Complicen gemachte Anzeige nicht als gegen Alle gerichtet anzusehen. Auch wird der Beleidigte gegen den einen oder andern der Theilnehmer den Antrag zurücknehmen und resp. nach gefälltem Erkenntniß durch die ertheilte Verzeihung die Ausführung der Strafe gegen Alle oder gegen einzelne der Mitschuldigen hindern können. Man kann daher hier durchaus nicht den allgemeinen Satz hinstellen, daß die Zurücknahme des Antrags hinsichtlich des einen Mitschuldigen auch auf die Uebrigen mitwirke.

2. Bei den Delicten der zweiten Klasse, bei welchen die officielle Verfolgung durch das nahe Verhältniß des Thäters zum Verletzten bestimmt wird, kann in dem Falle, wo sämmtliche Theilnehmer zu den nahe verbundenen Personen gehören, der Verletzte auch gegen einen, mehrere oder alle die öffentliche Bestrafung beantragen und bis zum gefällten Erkenntniß den gestellten Antrag zurücknehmen. Haben dagegen auch personae extraneae an dem Verbrechen Theil genommen, so wird rechtlich die Einleitung des Verfahrens gegen diese nicht durch den Antrag des Verletzten als bedingt erscheinen und folgeweise auch keine Zurücknahme des Antrags als zulässig erscheinen, mag nun derselbe gegen diese allein oder auch gegen die nahverbundene Person gerichtet gewesen seyn.

Hinsichtlich der letztern dagegen wird auch in diesem Falle der Antrag auf Bestrafung bis zur Fällung des Strafurtheils mit der Wirkung zurückgenommen werden können, daß in Betreff dieses Mitschuldigen die Fortsetzung des Verfahrens cessiren muß. Auch hier wäre daher der allgemein hingestellte Satz, daß die gegen den einen Mitschuldigen gemachte Anzeige oder andrer Seits die Zurücknahme derselben auf alle Mitschuldige zu beziehen sey, in seiner Allgemeinheit unrichtig. Nur dann wenn die übrigen Mitschuldigen bloße Gehülfen oder Begünstiger und nicht Anstifter oder Miturheber sind, würde es sich legislatorisch rechtfertigen lassen, daß die Zurücknahme des Antrags in Betreff des Urhebers auch zu Gunsten der Gehülfen wirke, es müßte denn mit der Beihülfe oder Begünstigung ein anderes zur Official-Verfolgung geeignetes Vergehen in idealer Concurrenz stehen oder die Beihülfe selbst, wie z. B. die Kuppelei (was aber erst bei den Ausnahmsverbrechen der dritten Klasse in Betracht kommen würde), ein selbstständiges Verbrechen bilden.

3. Bei den Verbrechen der dritten Klasse wird sich dagegen die Aufstellung jenes Satzes, daß die gemachte Anzeige gegen alle Mitschuldige das Strafverfahren begründe, auch wenn sie der Verletzte nur gegen den einen Mitschuldigen gemacht hat, vollkommen rechtfertigen lassen, und da bei dieser Verbrechensklasse überhaupt keine Hinderung des weitern Verfahrens und der Bestrafung durch die Zurücknahme der Anzeige bewirkt werden kann, so versteht sich von selbst, daß auch von einer theilweisen Zurücknahme keine Rede seyn könne. In sofern jedoch einige von den hierher gehörigen Verbrechen, mit Rücksicht auf die Conservation des ehelichen Bandes, ausnahmsweise wie die Delicte der zweiten Klasse zu behandeln sind, wie vorhin näher erörtert worden ist, werden auch in Betreff der straf-

richterlichen Verfolgung der Mitschuldigen dieselben Grundsätze eintreten müssen.

Endlich ist noch zu bemerken, daß in den Fällen, wo mehrere Betheiligte oder zur Beantragung der gerichtlichen Verfolgung Berechtigte vorhanden sind, wie dies z. B. bei einer mehrere Personen direct oder mittelbar verletzenden Injurie, beim Familien-Diebstahl und beim Verbrechen der Entführung möglicher Weise geschehen kann, dem Rechte des einen Betheiligten durch die Beruhigung, Verzeihung oder Zurücknahme der Anzeige von Seiten des Andern nichts vergeben werden kann [18]).

Die Kritik der neuern Gesetzgebung behalten wir uns vor für den Schluß der Abhandlung in einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift.

---

18) L. 1. §. 5. 9. L. 26. 30. 41. Dig. de injur. (XLVII. 10.)

XIV.

Ueber den Umfang des Verbrechens der Kindesaussetzung,

insbesondere

nach der Ausbildung in den preußischen Strafgesetzen.

Von
Herrn Criminalrichter Burchardi
zu Königsberg in Preußen.

I. Historisch-dogmatische Vorbemerkungen.

Die Aussetzung hülfloser Kinder läuft in welthistorischer Beziehung mit dem Kindermord parallel. Man wird mit einem wunderbaren Erstaunen von der Thatsache erfüllt, daß bei den meisten Völkern der alten Welt die Ermordung der Kinder nicht etwa ein Verbrechen, sondern vielmehr herrschende Sitte war [1]). Was der große Aristoteles in seinem Werke über den Staat von dem Aussetzen schwächlicher oder mißgestalteter Kinder sagt, ist überall bekannt. Selbst der milde Plato stimmt in seiner Republik mit demselben überein.

---

1) Plinius der Aeltere spricht sich über diesen Gegenstand ganz offen aus. Das Wachsthum der Bevölkerung muß in den gehörigen Schranken erhalten werden. Das wirksamste Mittel dazu ist das Recht der Eltern, ihre Kinder umbringen zu dürfen.

Das Rechtsleben der Römer in der Blüthezeit der Republik gewährt, von dem Inneren ihrer Häuslichkeit angesehen, einen wahrhaft grauenvollen Anblick. Die höchste bürgerliche Freiheit sieht man dort gepaart mit dem grassesten asiatischen Despotismus. Die Gewalt der römischen Bürger über ihre eigenen Kinder ist so schrankenlos eigenthümlich gestaltet, daß noch das neueste Recht Zeugniß davon giebt [2]). Romulus soll bereits den Familienvätern das Recht, Kinder unter drei Jahren aussetzen, oder tödten zu dürfen, nur in dem Falle bewilligt haben, wenn fünf ihrer Nachbarn dieselben für mißgestaltet oder gebrechlich erklärt hatten [3]). Vielleicht war ein Rückblick des ersten Römerkönigs auf das herbe Geschick seiner eignen Kindheit die Veranlassung zu diesem Gesetze. Mag dies aber seyn, oder nicht, so lag doch in dieser Vorschrift ein bedeutender Schutz für die Hülflosigkeit des ersten Lebensalters. Denn dem Vater stand über die älteren Kinder unbedingt das Recht auf Leben und Tod zu [4]). Diese barbarische Befugniß wurde erst in späteren Zeiten gemildert, und namentlich die Verabsäumung der dabei vorgeschriebenen Förmlichkeiten streng geahndet [5]). Vorzüglich trugen die christlichen Kaiser sehr vieles dazu bei, die Allgewalt der römischen Hausherren zu vernichten [6]). Con-

---

2) §. 2. Inst. de patria potest I. 9. Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habent potestatem qualem nos habemus. cf. Gaji Comm. I. §. 55.

3) Dionys. Hal. ant. rom. II. 15. Cicero de legibus III. 8.

4) Heineccii Synt. antiq. rom. lib. I. tit. IX. §. V. Ein Beispiel von der Anwendung dieser Berechtigung findet sich in Sallusts Catilina cap. 39.

5) fr. 5. Dig. de leg. Pomp. de parr. (48. 9.) fr. 2. Dig. ad leg. Corn. de sic. (48. 8.)

6) Heinecc. l. c. §. VIII.

stantin der Große gestattete zwar noch, daß dürftige Eltern ihre neugebornen Kinder verkaufen durften [7]), er hob jedoch das jus vitae et necis des Vaters über seine Kinder gänzlich auf [8]).

Eben so dauerte die Sitte des Kinderaussetzens bis tief in die Kaiserzeit fort [9]). Unter der gemeinschaftlichen Regierung der Kaiser Valentinian, Valens und Gratian findet sich erst eine bestimmte Strafbestimmung über dieses Verbrechen [10]).

Was die alten Germanen über diesen Gegenstand dachten, darüber herrscht weiter kein Zweifel. Das Aussetzen der Kinder war bei ihnen, wenigstens zu den heidnischen Zeiten, herrschende Sitte [11]).

Das Christenthum hat das Verdienst, diesem barbarischen Gebrauch ein Ende gemacht zu haben. Wir müssen noch jetzt die Bestrebungen von Minutius Felix und Tertullian verehren, welche mit allen Kräften gegen die Barbarei der Römer eiferten [12]). Ihre Bestrebungen

---

7) Const. 2. Cod. de patr., qui filios suos distrax. (4. 43.).

8) Const. un. Cod. de his, qui parent. et lib. occid. (9. 17.).

9) Tacit. hist. V. 5. Sueton. Oct. cap. 65. Calig. cap. 5. cf. fr. 2. Dig. de jur. et fact. ign. (22. 6.) fr. 29. Dig. de manumiss. (40. 4.).

10) Const. 2. Cod. de inf. expos. (8. 52.). Ueber die Auslegung dieser Stelle vergl. Wächter Lehrbuch. Bd. II. S. 196. Daß in derselben nur von dem Vater die Rede ist, kann nicht weiter auffallen. Denn die Mutter war zu keinen Zeiten befugt, für sich eine Kindesaussetzung vorzunehmen. That sie dieses ohne oder wider den Willen ihres Eheherrn, so verfiel sie in früheren Zeiten der hausrichterlichen Gewalt desselben.

11) Grimm's deutsche Rechtsalterthümer S. 455—461.

12) Letzterer spricht zu dem römischen Volke und den Statthaltern mit heldenmüthiger Kühnheit also: Wie Viele unter Euch könnte ich mit vollem Rechte des Kindermordes anklagen. Ihr habt unter den verschiedenen Todesarten die grausamsten für eure Kinder ausgesucht. Ihr habt sie ertränkt, durch Kälte oder Hunger sterben lassen, oder sie den Hunden vorgeworfen.

wurden im canonischen Rechte anerkannt [13]). In strafrechtlicher Beziehung wurde die Aussetzung der Kinder mit der Tödtung derselben auf eine Stufe gestellt [14]). Die peinliche Gerichtsordnung schloß sich der kirchlichen Ansicht an, und bestimmte über dieses Verbrechen wörtlich Folgendes:

> Item so eyn Weib jre kindt, um daß sie deß abkomm von jr legt, und das kindt wird gefunden und ernehrt, dieselbig Mutter soll, wo sie des überwunden und betreten wirt, nach gelegenheyt der sach und radt der verstendigen gestrafft werden. Stirbt aber das kindt von solchem hinlegen, so soll mann die Mutter, nach gelegenheyt des gefehrlichen hinlegens, am leib oder leben straffen [15]).

Verkehrt würde es seyn, in den eigentlichen Geist der römischen, canonischen und deutschen Gesetze, welche sich gegenseitig ergänzen, hier noch tiefer einzudringen, und die Stellung, welche der Kindermord und die Kindesaussetzung darin einnimmt, noch ganz besonders hervorzuheben [16]). Für unsern Zweck ist es vielmehr richtiger, den geschichtlichen Weg noch weiter zu verfolgen, und nachzuweisen, wie von den späteren Schriftstellern bis zur Emanation des Landrechts diese Materie behandelt worden ist.

Denn der Tod durch das Schwerdt war zu sanft für die Kinder, ob ihn gleich ein Nero, wenn er für sich wählen sollte, jeder andern Todesart vorziehen würde, u. s. w.

13) Cap. un. X. de inf. et lang. expos. V. 11.

14) Bingham orig. eccl. lib. XVI. Cap. X. §. 11.

15) Man fühlt sich gedrungen, den Manen Schwarzenberg's für die Gedrungenheit und Präcision dieser Strafbestimmung noch jetzt ein gewichtvolles Dankopfer darzubringen.

16) Vergl. die treffliche Untersuchung über das Verbrechen des Kindermordes und der Aussetzung der Kinder, von Spangenberg, im Neuen Archiv des Crim. Rechts Bd. III. S. 1—30. und S. 350—362.

Dem großen Carpzow war es zunächst vorbehalten, diese Lehre in Deutschland weiter auszubilden [17]). Es ist nothwendig, die Art und Weise, wie er dieselbe behandelte, etwas ausführlicher zu betrachten.

In der Lehre von dem parricidium liefert er folgendes Aufgestell:

I. Elternmord (quaest. 8. n. 25 seq.).

II. Kindermord (quaest. 9.); dahin gehören als Unterabtheilung:

A. die Kindesaussetzung (quaest. 10.),

B. die Abtreibung der Leibesfrucht (quaest. 11.).

III. Gattenmord (quaest. 12.).

IV. Die Ermordung der Geschwister oder anderer Verwandten in der Seitenlinie (quaest. 13.).

Carpzow rechnete hienach den Kindermord zum Parricidium, und behandelte die expos. infant. als eine Species des letzteren. Bei dieser Unterart unterschied er wieder folgende drei Fälle:

1) Die Aussetzung geschieht in der Absicht, das Kind umzubringen, und dieser Erfolg ist wirklich eingetreten (quaest. 10. n. 5—9.).

2) Die Aussetzung geschieht an einem von Menschen besuchten Orte, und zwar in der Absicht, daß das Kind gefunden und erhalten werden soll. Es hat aber dessen ungeachtet wider den Willen des Thäters das Leben verloren (quaest. 10. n. 10—14.).

3) Die Aussetzung des Kindes ist endlich an einem besuchten Orte in der Absicht erfolgt, um die Last der Ernährung und Erziehung von sich abzuwälzen. Dieser Erfolg ist auch eingetreten, und das ausge-

---

17) Pract. rer. crim. quaest. 8—12.

setzte Kind lebendig und gesund aufgefunden worden (quaest. 10. n. 15—24.).

Diese einfachen Auseinanderhaltungen zeugen für den gesunden praktischen Takt des Erfinders. Seine Nachfolger Kreß und Böhmer hielten die von ihm aufgestellte Theorie fest [18]). Bereits im vorigen Jahrhundert wies der Kanzler Koch diesem Verbrechen neben dem Parricidium eine eigene Stelle an [19]). Andere Criminalisten konnten sich jedoch von den Carpzowschen Ideen nicht losreißen, sondern behandelten die Kindesaussetzung so, wie es von den Begründern des deutschen Criminalrechtes geschehen war. Zu denselben gehören namentlich Quistorp, G. J. Fr. Meister und Klein [20]).

Quistorp, dessen Einfluß bei dieser Lehre auf das Landrecht unverkennbar ist, widmet dem Eltern- und Kindermord ein gemeinschaftliches Hauptstück. Im §. 267. werden die verschiedenartigen Bedeutungen des Ausdrucks: parricidium, angegeben. In der engsten Bedeutung versteht man darunter den Mord, der zwischen Personen in der aufsteigenden und niedersteigenden Linie begangen worden ist. Der §. 268. handelt noch näher von den Personen, unter welchen ein parricidium Statt finden kann. Es wird darin nachgewiesen, daß es auf den Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern nicht weiter ankommen kann. Nach einer Betrachtung über die verschiedenen Formen des parricidii in Beziehung auf die Töd-

---

18) Kress ad art. 132. Boehmer ibid. Ejusd. elem. jurispr. crim. Sect. II. cap. XXI. §§. 244 et 251.

19) Koch instit. jur. crim. cap. 31. §§. 477—480.

20) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 3te Auflage von 1783, nach welcher dieses Werk stets citirt werden wird. Georg Jacob Fr. Meister princ. *jur. crim.* germ. comm. §§. 171 et 172. Klein's Grundf. *des gem. deutschen peinl. Rechts* §§. 353. 363 u. 364. der *zweiten Ausgabe.*

tung der Kinder (§. 269.) wird die Tödtung neugeborner Kinder abgehandelt §§. 270 — 276.). Als Unterarten des parricidii werden dann aufgeführt:

1) die Abtreibung der Leibesfrucht (§§. 277 u. 278.),

2) die Aussetzung der Kinder (§. 279.).

Ueber dieses Verbrechen sagt unser Verfasser wörtlich Folgendes:

> Ein gefährliches Aussetzen der Kinder (crimen expositionis infantum), im Fall dadurch derselben gewaltsamer Tod verursacht wird, ist als eine Art des qualificirten Todtschlags anzusehen.

Nach diesen Worten ist es unzweifelhaft, daß alle Kinder ohne Unterschied das Object dieses Verbrechens seyn können. Quistorp bestätigt dieses noch mehr, wenn er in der Anmerkung *a.* zu diesem Paragraphen Folgendes bemerkt:

> Bei todtgebornen Kindern und bei Erwachsenen kann die geschehene Aussetzung nicht leicht nach diesen Grundsätzen beurtheilt werden.

In den nachfolgenden §§. 280 — 284. wird erst von den Strafen des parricidii überhaupt gesprochen. Die §§. 285 und 286. entwickeln sodann die Strafbarkeit der Aussetzung von neugebornen Kindern. Dies kann nicht weiter auffallen. Denn Quistorp hebt mit vollem Recht diesen letztern Fall als ganz speciell hervor, und bekennt damit stillschweigend, daß die Aussetzung älterer Kinder den allgemeinen Strafgesetzen über das parricidium überhaupt unterworfen ist.

Nach diesen Quistorpschen Ideen ist dann auch diese Lehre in dem preußischen Landrechte wenigstens äußerlich abgehandelt. Der Abschnitt von den körperlichen Verletzungen [21]) enthält zugleich die Lehre vom Todtschlag und

---

21) Allg. Land-R. Th. II. Tit. 20. Abschn. 11.

von dem Mord mit seinen Abarten (§§. 806—872.). Nach den Strafbestimmungen über den Verwandten- und Eltern-Mord (§§. 873—886.) wird der Kindermord abgehandelt. Zuvörderst werden eine Reihe von s. g. Vorbeugungsmitteln vorausgeschickt (§§. 888—964.), diesen sind dann die Strafen des Kindermordes angereiht (§§. 965 fg.), und unter denselben finden wir merkwürdiger Weise zugleich die Vorbestimmungen über die Kindesaussetzung (§§. 969—971.) [22]). Am Schlusse dieses Abschnitts folgt dann die Abtreibung der Leibesfrucht, als eine besondere Abart des Kindermordes (§§. 985—991.).

Werfen wir nun einen Gesammtblick auf die innere Structur des Landrechts in der Lehre vom Kindermord, so sind darüber folgende Gesichtspunkte hervorzuheben.

Schon seit Leyser (spec. 611. med. 8.), mehr noch seit Koch (§. 476.) stellte sich die Ermordung unehe-

22) Die §§. 965 und 966. bestimmen die Strafe für die vorsätzliche Tödtung neugeborner Kinder. Die nächstfolgenden Strafbestimmungen lauten dann also: §. 967. Wenn eine Wöchnerin ihr Kind durch unterlassene Unterbindung der Nabelschnur vorsätzlich verbluten läßt, oder demselben die nöthige Pflege und Wartung vorsätzlich entzieht; so wird sie als die Mörderin desselben angesehen. — §. 968. Wenn zwar die gefährliche Behandlung des Kindes erwiesen, aber nicht genugsam ausgemittelt worden, daß das Kind lebendig zur Welt gekommen sey, oder in der Geburt noch gelebt habe, so soll Staupenschlag und lebenswierige Festungsstrafe Statt finden. — §. 969. Hat die Mutter ein lebendiges Kind an einem Orte, wo es nicht leicht gefunden werden kann, ausgesetzt, oder aussetzen lassen; so hat sie, wenn der Tod des Kindes dadurch verursacht worden, die Strafe des Schwerdts verwirkt. — §. 970. Bleibt das solchergestalt ausgesetzte Kind dennoch am Leben; so soll die Mutter sechs- bis zehnjährige Zuchthausstrafe leiden. — §. 971. Ist die Aussetzung an einem von Menschen gewöhnlich besuchten Orte, und mit solchen Anstalten geschehen, woraus der Vorsatz das Leben des Kindes erhalten zu wollen, erhellet; so findet, je nachdem das Kind leben bleibt oder umkommt, sechsmonatliche bis dreijährige Zuchthausstrafe statt. — §. 972. Ist die Gebärerin von ihren Eltern zum Kindermorde verleitet worden; so soll sie zwar mit der Todesstrafe verschont, aber nach vorgängigem Staupenschlag mit lebenswieriger Festungsstrafe belegt werden.

licher Kinder behufs Rettung der Geschlechtsehre in den Vordergrund. Die angegebene causa facinoris bewirkte zugleich eine bedeutende Strafmilderung; diesen Ansichten huldigte nun auch das Landrecht. Es schuf ein privilegirtes Verbrechen, welches mit dem technischen Ausdruck Kindermord bezeichnet wurde. Diese Bezeichnung ist jedenfalls nicht ganz passend. Denn im Detail spricht das Landrecht auch da noch von einem Kindermord, wo die allgemeinen Voraussetzungen eines Mordes gänzlich fehlen [23]). Der Gesetzgeber hat sich über die gewöhnlichen Motive dieses Verbrechens klar ausgesprochen [24]). An der verunglückten Beschreibung desselben im §. 887. des Allg. Land-Rechts II. 20. darf man keinen Anstoß nehmen. Seine Geburt verdankt er lediglich einer formellen Anordnung. In dem gedruckten Entwurf nahm die Lehre vom Kindermorde mit dem §. 965. ihren Anfang. Die s. g. Vorbeugungsmittel folgten nach. Viele der darin aufgenommenen Strafbestimmungen enthalten weiter nichts, als poenae extraordinariae ex indiciis. In dem Landrecht wurden die Vorbeugungsmittel vorausgestellt. Ohne einen Einleitungs- oder Uebergangs-Paragraphen war dies nicht zu bewerkstelligen. Der §. 887. wurde deshalb als eine überflüssige Brücke eingeschoben.

Der Ermordung neugeborner unehelicher Kinder durch ihre eigenen Mütter liegen ganz eigenthümliche Motive zum Grunde. Die Besorgniß wegen des künftigen Unterhaltes des vaterlosen Kindes, mehr noch die Furcht vor dem Verlust der eigenen Geschlechtsehre, sind die Haupt-

---

23) Vergl. z. B. §§. 957 u. 959 d. T., wo offenbar nur von einem infanticidium culposum, veranlaßt durch verheimlichte Schwangerschaft und Niederkunft, die Rede ist.

24) Vergl. §. 720. des Entwurfs zum allg. Ges. Buch Th. I Tit. 8. Anmerk. *.

quellen dieses Verbrechens. Zum Thatbestand gehören deshalb zwei wesentliche Erfordernisse:

1) Object desselben kann nur ein neugebornes uneheliches Kind seyn,

2) Subject desselben ist stets nur die eigene Mutter des Kindes [25]).

Mitten in die Lehre vom Kindermord sind nun auch die Strafbestimmungen über die Aussetzung der Kinder hineingestellt. Augenscheinlich ist man auch hierbei der Quistorpschen Ansicht gefolgt. Das preußische Strafrecht soll aber eine bedeutende Lücke enthalten, welche längst gerügt worden ist [26]); denn man vermißt darin, auf den ersten Anblick, über folgende Punkte ausdrückliche Strafbestimmungen:

1) daß auch eheliche Kinder Gegenstand dieses Verbrechens seyn können;

2) daß dieses Verbrechen auch an Kindern verübt werden kann, welchen das Prädicat der Neugeborenheit fehlt;

3) wie es gehalten werden soll, wenn das Kind an einem gewöhnlich besuchten Orte, aber ohne Anstalten für dessen Erhaltung ausgesetzt worden ist [27]).

Nur die zweite Frage ist späterhin durch das Rescript vom 18. April 1796 entschieden, welches wörtlich also lautet:

Der Uns in Eurem Berichte vom 8. d. M. vorgetragene Fall, von der durch die H. geschehenen Aussetzung ihres dreijährigen unehelichen Kindes in einem hiesigen

---

25) §§. 982 — 984. d. Allg. Land-Rechts II. 20. vergl. mit Archiv des Crim. R. a. a. O. S. 361 u. 362.

26) Gutachten des Kammergerichts vom 13. Febr. 1792. Klein's Annalen Bd. 14. S. 167 fg. Siewert Materialien Hft. 4. S. 88. Num. 73.

27) Spangenberg im Neuen Archiv a. a. O. S. 363. vergl. mit Hitzig's Zeitschrift Bd. I. S. 132.

bewohnten Hause, kann allerdings nicht nach den Vorschriften der §§. 969 folg. beurtheilt werden, da die ganze Stellung dieser Vorschriften und ihr Zusammenhang mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden hinlänglich zu erkennen giebt, daß daselbst nur vom Aussetzen neugeborner Kinder die Rede ist, und dies allerdings aus den von Euch angegebenen Gründen als ein mit dem Kindermorde verwandtes **delictum speciale** besonderer gesetzlicher Bestimmungen bedurft hat. Indessen ist doch die Aussetzung schon älterer Kinder ein Gegenstand von Criminal-Untersuchung und Strafe. Sie involvirt die Unterlassung einer Pflicht, die das Gesetz ausdrücklich fordert, und zugleich einen Betrug, wodurch die Mutter sich der ihr obliegenden Pflicht der Ernährung des Kindes auf Kosten des Publici entziehen will. Wird durch diese unerlaubte Handlung das Kind an Gesundheit oder Leben beschädigt, so wird in Ermangelung specieller auf den Fall passender Gesetze die Vorschrift §. 780. 782. eintreten. Ist aber dieses auch nicht, so wird dennoch **poena arbitraria** nach Vorschrift §. 35. Statt finden müssen, wonach Ihr Euch also sowohl im gegenwärtigen, als in den künftigen Fällen zu achten wissen werdet [28]).

Fassen wir den dispositiven Theil dieser Strafbestimmung näher ins Auge, so ist darin zweierlei enthalten:

1) daß die §§. 969 — 971. sich nur auf neugeborne (uneheliche) Kinder beziehen;
2) daß die Aussetzung älterer Kinder ebenfalls ein Gegenstand von Criminal-Untersuchung und Strafe ist.

Von der Art und Weise der Begründung des zweiten Satzes können wir hier vorläufig abstrahiren. Trotz der ganz

28) Nov. Corp. Const. Tom. X. Sp. 1865. Num. 23. des Nachtr. pro 1798. Raabe's Sammlung Bd. 3. S. 231.

eigenthümlichen Ausbildung, welche das Verbrechen des Kindermordes im Landrecht erlitten hat, hängt dasselbe mit dem Verwandtenmord noch mit recht sichtbaren Banden zusammen. Wir wollen nicht einmal daran erinnern, daß eheliche Kinder, ohne alle Rücksicht auf ihr Alter, immer nur Gegenstand des parricidii seyn können (§. 984 cit.). Sobald uneheliche Kinder die Neugeborenheit überschritten haben, kann selbst von deren Müttern kein Kindermord mehr an denselben begangen werden. Es liegt dann vielmehr ebenfalls ein parricidium vor [29]). Diese beiden Sätze bilden zugleich den Uebergang zu dem Verbrechen der Kindesaussetzung, welche das Landrecht in der einen Spitze als eine Species des infanticidii, und in der andern als eine Unterart des parricidii behandelt [30]).

Man muß bei diesem Verbrechen folgende beiden Fälle aus einander halten

a) die Aussetzung geschieht animo occidendi,

b) oder sie geschieht nur animo abdicandi.

Ist das Verbrechen von Ehefrauen an ihren ehelichen Kindern verübt worden, so kommt es auf das Prädicat der Neugeborenheit der letzteren nicht weiter an. Es liegt dann nach den Erfolgen der Handlung entweder ein Parricidium oder ein Versuch dazu, oder eine culpose Tödtung, oder endlich nur das eigenthümliche Verbrechen der Kindesaussetzung vor. Wird dagegen ein uneheliches Kind von seiner Mutter ausgesetzt, dann müssen folgende Unterscheidungen getroffen werden, welche etwas specieller aus einander zu setzen sind:

---

29) Hitzig Zeitschrift Bd. 1. S. 131. vergl. mit Bd. 14. S. 368. und Temme Lehre von der Tödtung S. 218 fg.

30) Temme Handbuch des Preuß. Crim. Rechtes §. 93. S. 208.

A. Die Aussetzung erfolgt animo occidendi.

1) Ist ein älteres Kind ausgesetzt worden, und der bezweckte Tod eingetreten, dann liegt ein parricidium vor.

2) Die Mutter hat ein neugebornes Kind ausgesetzt, dessen Tod in Folge der Aussetzung wirklich erfolgt ist. Hier liegt ein infanticidium im Sinne des Landrechts vor, welches nach §. 969 cit. bestraft werden muß [31]).

B. Die Aussetzung ist nur animo abdicandi erfolgt, und das Kind ist auch nach der Absicht der Mutter am Leben erhalten worden.

a) Ist die Aussetzung eines neugebornen Kindes erfolgt, dann wird dieselbe ex §. 971 cit. mit sechsmonatlicher Zuchthausstrafe geahndet.

b) Wird hingegen das Verbrechen an einem schon älteren Kinde verübt, dann findet nach dem Rescript vom 18. April 1796 nur eine willkührliche Strafe Statt.

Die §§. 970 u. 971. des A. L. R. II. 20. ergeben übrigens zur Genüge, daß in diesem Aufgestell noch lange nicht alle Fälle erschöpft sind. Das Verbrechen der Kindesaussetzung kommt auch bei uns in dreierlei Gestaltungen vor. Die beiden letzteren fallen dabei unter einen gemeinschaftlichen Gesichtspunkt:

1) Die Aussetzung ist von Anfang an mit der Absicht zu tödten verbunden, und unter lebensgefährlichen Umständen ausgeführt. Dann bildet dieselbe kein

31) Der Vorsatz zu tödten muß bei dieser Strafbestimmung nothwendig vorhanden seyn. Dies geht aus der Stellung des §. 969. aus seinem Verhältnisse zum §. 965. und aus dem Gegensatze, welchen er mit §. 971. bildet, ganz klar hervor. Vergl. zugleich Hitzig's Zeitschrift Bd. 14. S. 54.

selbstständiges Verbrechen, sondern sie muß, je nachdem der Erfolg eingetreten ist, oder nicht, bald als parricidium, bald als infanticidium im Sinne des Landrechts, bald als Conat zu einem oder dem andern der genannten Verbrechen betrachtet werden.

2) Der Aussetzung des Kindes liegt nur die Absicht zum Grunde, sich der Verbindlichkeit der Ernährung und Erziehung desselben zu entziehen. In diesem Falle muß man unterscheiden:

a) Die Aussetzung ist die gelegentliche Veranlassung (causa occasionalis) des Todes, oder der Beschädigung des Kindes geworden. Hier liegt ein gemischtes Verbrechen vor, nämlich das der dolosen Aussetzung und das der culposen Tödtung oder Körperbeschädigung.

b) Das Kind ist nach der Absicht des Thäters gefunden und vollkommen gesund erhalten worden. Hier liegt das eigentliche selbstständige Verbrechen der Kindesaussetzung vor.

Auf diese Weise ist die Lehre neuerdings im gemeinen deutschen Criminalrecht von Wächter, Martin und Heffter construirt worden. Sie hat in dieser Haltung eine tüchtige philosophische Grundlage, ohne daß sie der Zustimmung positiver Gesetze entbehrt.

Mit dieser übersichtlich punktirten Darstellung können wir uns hier begnügen. Eine weitere Ausführung würde nur unnütze Wiederholungen herbeiführen, wie sich aus den beiden letzten Abschnitten dieses Aufsatzes ergiebt.

II. Die Praxis im Conflict mit der Theorie.

Als Einleitung zu der modernen preußischen Criminalpraxis dient zunächst das, was Temme über diese Materie docirt hat. Es lautet wörtlich also:

> Die eigentliche Kinderaussetzung ist eine Art des Kindermordes, und nur wegen der besonderen Art der Ausführung derselben im Gesetze besonders hervorgehoben. Sie hat also alle Requisite des Kindermordes überhaupt, und es ist Verwandtenmord da, wenn diese nicht zutreffen. Man hat dies zweifelhaft gefunden, aber ohne genügenden Grund. Dies zeigt die Stellung der Lehre, zumal zwischen den §§. 968 u. 972, unterstützt durch die zur Zeit der Redaction des A. L. R. herrschend gewesene Ansicht, daß die Kinderaussetzung auch nach der Carolina eine Species des Kindermordes sey.
>
> Eine besondere Art der Kinderaussetzung ist es, wenn die Aussetzung an einem von Menschen besuchten Orte und zugleich mit solcher Anstalt geschieht, woraus der Vorsatz erhellt, das Leben des Kindes zu erhalten. Dieselbe ist, wegen der damit für das Leben des Kindes verbundenen Gefahr immer ein Verbrechen. Sie hat alle Requisite des Kindermordes, mit der Ausnahme, daß die Absicht zu tödten fehlt, weshalb sie auch eigentlich als eine Species des Kindermordes nicht betrachtet werden kann [32]).

Temme ist dieser Ansicht bis in die jüngsten Zeiten treu geblieben, und hat wiederholt darauf gedrungen, die Aussetzung hülfloser Personen aus dem schwarzen Register der Verbrechen zu streichen. Die Gründe dieses Vorschlages

---

32) Handbuch des Preuß. Criminalrechts §. 93. S. 208 u. 210. Der Verfasser wiederholt hier nur dasjenige, was Klein (Ann. Bd. 14. 183 u. 184.) über diese Materie gesagt hat.

beruhen darauf, daß die Aussetzung nur eine durch die Form der Handlung sich unterscheidende Species der Tödtung oder Körperverletzung ist. Die über die beiden letzteren gegebenen Vorschriften sollen mithin zur Bestrafung der expositio infantum vollständig ausreichen [33]).

Hiernach nimmt die Lehre eine ganz andere Figur an. Die Kindesaussetzung ist an und für sich zwar nicht erlaubt, aber doch kein Verbrechen. Sie ist an sich nur ein Factum ohne strafrechtliche Bedeutung. Eine criminalistische Wirksamkeit kann derselben nur in zwei Fällen beigelegt werden:

1) wenn dadurch absichtlich oder fahrlässig eine Tödtung oder Körperverletzung des ausgesetzten Kindes herbeigeführt wird;
2) wenn in dem Gesammtresultat der Kindesaussetzung eine Handlung liegt, welche ihrer Wesenheit nach ein anderes Verbrechen involvirt.

Die zweite Bedingung ist eine reine Zugabe der Praxis. Dieselbe klingt auf den ersten Anblick sehr abstract, und spielt so zu sagen ins Ungewisse hinein. Sie wird jedoch durch folgende aus dem Leben gegriffene Beispiele ganz klar.

Die unverehelichte Charlotte S. wurde von dem Inquisitoriat zu Königsberg wegen Aussetzung ihres unehelichen, nicht neugebornen Kindes zur Criminal-Untersuchung gezogen. Sie war des Verbrechens geständig. Der Criminal-Senat des Ober-Landesgerichtes erkannte darauf unter dem 7. Februar 1845:

daß die Angeschuldigte wegen eigenmächtiger Selbsthülfe mit fünf Thaler oder acht Tage Gefängniß nach

33) *Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. S. 280 u. 281.*

ihrer Wahl zu bestrafen, und ihr die Kosten der Untersuchung zur Last zu legen.

Diese Entscheidung wurde durch folgende Gründe motivirt.

Die unverehelichte Charlotte S. hatte schon früher außerehelich geboren. Der Musicus W. zu U. war zur Alimentation ihres Kindes rechtskräftig verurtheilt worden. Er war jedoch excussus, und das Recht der Klägerin konnte in keiner Weise realisirt werden. Am 8. März 1843 wurde die Charlotte S. abermals von einer unehelichen Tochter entbunden, welche in der Taufe den Namen Dorothea erhielt. Die Mutter behauptete, daß der Musicus W. auch der Vater dieses Kindes sey. Letzterer hat auch geständlich in der gesetzlichen Conceptionszeit mit ihr den Beischlaf vollzogen.

Die Angeschuldigte hat nun, statt gegen den W. auf Alimentation dieses zweiten Kindes zu klagen, dasselbe im August 1843 am frühen Morgen durch eine in der Schwelle befindliche Oeffnung in den Stall des W. geständlich hineingeschoben, und sich darauf entfernt. Die Ehefrau des W. ist durch das Geschrei des zurückgelassenen Mädchens bald nachher auf dasselbe aufmerksam geworden, und hat es zu sich genommen. Die Weglegung des Kindes geschah im Monat August, also zu einer warmen Jahreszeit, und an einem besuchten Orte. Der §. 970. d. Allg. Land-Rechts II. 20. hat nur den Fall vor Augen, daß eine Mutter ihr neugebornes Kind aussetzt. Die Tochter der S. war zur Zeit der Ablegung bereits drei Monate alt. Die Angeschuldigte hat auch keineswegs die Absicht gehabt, das Kind auszusetzen. Ihre Intention bestand vielmehr darin, den angeblichen Erzeuger ihrer Tochter zu deren Alimentation zu nöthigen. Um dies zu bewirken, war sie jedoch nach den bestehenden Gesetzen verbunden, gegen den W. zu klagen. Dies hat sie unterlassen, und *also mit Umgehung* des Richters durch das eigenmächtige

Absetzen des Kindes in den W'schen Stall sich selbst der Fürsorge entledigt. Hiernach hat sich die unvereheliche S. nach §§. 84 fg. der Einl. zum A. L. R. einer eigenmächtigen Selbsthülfe schuldig gemacht, welche nach §. 157. des A. L. R. II. 20. zu bestrafen, und wobei das Strafmaaß nach §. 35. a. a. O. festzusetzen war.

Nicht lange nachher kam bei dem Inquisitoriat zu Königsberg ein ganz ähnlicher Fall vor.

Die unvereheliche Henriette R. gebar am 11. November 1843 ein Kind. Sie nahm den Schulzensohn Gottlieb P. als ihren Schwängerer, so wie deren Eltern in subsidium, wegen Alimentation in Anspruch. Die Klage wurde jedoch rechtskräftig zurückgewiesen. Im Herbste 1845 konnte die unvereheliche R. mit ihrem unartigen Kinde kein dienstliches Unterkommen mehr finden. Sie legte deshalb am 15. November 1845 Abends um 6 Uhr ihre Tochter vor die Hausthür der Schulz P'schen Eheleute, und lief weg, nachdem sie sich zuvor von der Aufnahme des Kindes überzeugt hatte. Sie war ebenfalls des Verbrechens geständig, und gab die Motive ihrer That dahin an:

> Sie wäre nicht mehr im Stande gewesen, das Kind zu ernähren. Ein Fremder habe sich über dasselbe nicht erbarmen wollen. Sie habe es deshalb dahin getragen, wohin es gehöre, nämlich zu seinem Vater, welcher das Kind ernähren müsse, und auch Geld genug dazu habe.

Die Untersuchungsbehörde setzte gegen die Angeschuldigte nicht etwa die Untersuchung wegen widerrechtlicher Selbsthülfe, sondern wegen Kindesaussetzung fest. Sie suchte gegen das vorhandene Präjudicat sich dadurch zu schützen:

1) daß das vorliegende Vergehen unmittelbar gegen das *Kind selbst* gerichtet sey, und die etwa darin lie-

gende Selbsthülfe nur die Motive der unnatürlichen That bildete;

2) daß ein Kind d. h. ein Menschenleben im zartesten Alter niemals als das eigentliche Werkzeug einer verübten Selbsthülfe angesehen werden könne.

Dessen ungeachtet wurde die Angeschuldigte durch das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 12. December 1845 wegen unerlaubter Selbsthülfe mit sechswöchentlichem Gefängnisse ordentlich bestraft.

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Das allgemeine Landrecht weicht in dieser Lehre von der Theorie des gemeinen Rechtes ab, und statuirt das Verbrechen der Kinderaussetzung nur bei neugebornen Kindern. Daraus folgt, daß die Inculpatin durch das Verlassen ihres Kindes, welches bereits zwei Jahre alt war, sich des Verbrechens der Kindesaussetzung im landrechtlichen Sinne nicht schuldig gemacht hat. In der Ausführung der in den §§. 969—971. des Strafrechts bezeichneten Handlungen gegen ein nicht mehr neugebornes sondern schon älteres Kind kann vielmehr, wenn es sich darum handelt, ob und welches Verbrechen in Beziehung auf das Kind verübt ist, nach der Theorie des Landrechts immer nur eine andere Vergehung gefunden werden. Es muß immer je nach der Absicht der handelnden Person, nach dem Erfolge der That und den obgewalteten Umständen eine vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigung oder dergleichen Tödtung vorliegen. Von diesen Verbrechen ist aber hier keins vorhanden; denn es ist kein Schaden für das Kind entstanden, und eine Beschädigung desselben nicht einmal von der Mutter beabsichtigt worden. Diese wollte vielmehr, und konnte auch voraussehen, daß das Geschrei des schon zweijährigen Kindes gleich die Bewohner des P'schen Hauses herbeiziehen, und daß das

Kind auf diese Weise ein Unterkommen finden würde. Die Inculpatin hat hiernach kein Verbrechen gegen ihr Kind begangen.

Dagegen erscheint ihre Handlung in Beziehung auf einen Dritten, d. h. auf den Vater ihres angeblichen Schwängerers, Schulzen P., allerdings als unerlaubt und strafbar. Inculpatin legte geständlich ihre Tochter vor dessen Thür in der Absicht nieder, um ihm deren Aufnahme zu obtrudiren, obwohl er durch rechtskräftiges Erkenntniß davon entbunden worden war. In dieser Rücksicht stellt sich die That als eine schon der obrigkeitlichen Entscheidung zuwider verübte unerlaubte Selbsthülfe dar. Die Inculpatin war daher wegen dieses Vergehens nach §. 158. Tit. 20. Th. II. des Allg. L. Rechts zu bestrafen.

Diese Entscheidungen sind aus rein praktischen Gründen schon ganz ungerechtfertigt.

Der Inquisitionsproceß hat allerdings seine schwarzen Schattenseiten. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn das zu untersuchende Verbrechen sich nicht in einfache Grundbestandtheile auflösen läßt, und es zweifelhaft wird, ob z. B. ein Diebstahl, ein Betrug oder eine Unterschlagung vorliegt. Der Inquirent steht dann zu dem erkennenden Gerichtshof in einem ganz eigenthümlichen Verhältniß. Er erörtert die Thatfrage mit allen Nebenumständen, und ist unbekümmert darum, unter welches Strafgesetz der Spruchrichter den Fall subsumiren wird. Hierin liegt eine Anomalie, welche soviel als möglich in enge Schranken zurückgedrängt werden sollte [34]). Statt dieser Richtung hat man die entgegengesetzte eingeschlagen. — Man behauptet ganz allgemein, der Unter-

34) Vergl. Mittermaier: Die Mündlichkeit, das Anklageprincip u. s. w. S. 296.

suchungsrichter erörtere das verbrecherische Factum nach allen Seiten, und habe die Doppelfrage, welches Verbrechen eigentlich vorliege und welche Strafe dadurch verwirkt sey, lediglich dem Spruchrichter zu überlassen. Diese Regel auf die Spitze getrieben, führt zu folgenden Consequenzen.

Es wird Jemand wegen Hochverraths zur Untersuchung gezogen. Der Strafrichter findet in den Unternehmungen des Beschuldigten kein dergleichen Staatsverbrechen, sondern nur eine Beschädigung aus Bosheit. Hierauf wird in der Erkenntnißformel erkannt. Der Hochverrath wird darin mit keiner Sylbe erwähnt, und aus den Gründen der Entscheidung ist nur zu ersehen, weshalb nicht auf Hochverrath hat erkannt werden können. Es kann aber auch der Fall umgekehrt vorkommen. Es wird Jemand wegen Beschädigung aus Bosheit zur Verantwortung gezogen. Die Sache ist so angethan, daß nach dem einfachen Hausverstande des Inquirenten möglicher Weise über zehn Jahre erkannt werden kann. Die Formen des Hochverrathsprocesses werden deshalb zufällig beobachtet. Der Spruchrichter erkennt auch die That für eine hochverrätherische an, und faßt danach die Urtheilsformel ab. Die Erkenntnißgründe geben allein darüber Aufschluß, weshalb so und nicht anders hat erkannt werden können.

Kein preußischer Gerichtshof wird freilich das sehr handliche Inquisitionsprincip bis zu diesem Extreme hinauftreiben. Aber in den niederen Regionen kommen dergleichen Variationen alle Tage vor. Der Inquirent behandelt seinen Inculpaten als Dieb. Durch das Bekenntniß wird er belehrt, daß er es mit einem Betrüger zu thun gehabt hat. Die Metamorphosen werden mitunter noch gefährlicher. Concutienten oder Personen, gegen welche die Criminaluntersuchung wegen Selbsthülfe festgesetzt ist,

werden zu Dieben umgestempelt, ohne daß sie eine Ahnung davon haben.

Aus dieser einfachen Darstellung ergiebt sich schon zur Genüge, daß der Strafrichter nur über das specifische Verbrechen zu erkennen hat, worüber die Untersuchung eröffnet worden ist [35]). Hat der Angeschuldigte dies bestimmte Verbrechen nicht begangen, ist er vielmehr durch seine That einem andern Strafgesetz verfallen, so muß er noch darüber gehört, und die Untersuchung abermals mit ihm abgeschlossen werden [36]). Auf diese Weise ist es allein möglich, daß ihm das durch die Criminalordnung zugesicherte Recht der Vertheidigung nicht verkümmert wird. Hiezu tritt noch ein zweiter directer Grund, welcher ebenfalls durchgreifend ist. Jedes Erkenntniß setzt eine Untersuchung voraus; wo diese fehlt, ist jenes nicht denkbar. Für den concreten Fall ausgedrückt lautet diese Regel also: Ein Erkenntniß über das Verbrechen der widerrechtlichen Selbsthülfe findet nur dann Statt, wenn eine rechtmäßige Untersuchung gerade über dieses Vergehen vorausgegangen ist. In den mitgetheilten Fällen fehlt eine auf dieses Verbrechen gerichtete Untersuchung; denn beide Angeschuldigte waren wegen Kindesaussetzung zur Verantwortung gezogen. Die getroffenen

---

35) Vergl. Temme Comment. zur Crim. Ordn. S. 70—74. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt natürlich dann ein, wenn es nur zweifelhaft ist, ob die untersuchte That diese oder jene Species eines Gattungsverbrechens ist. Ob Hausdiebstahl oder gemeiner Diebstahl in einem einzelnen Falle vorliegt, kann der Strafrichter mehrentheils ohne Weiteres nach Lage der Acten sich vorfindenden Ermittelungen festsetzen.

36) Andere Gerichtshöfe halten dieses Princip streng fest. Zu denselben gehört auch das Stadtgericht zu Königsberg. Kommen solche Fälle vor, so erfolgt Freisprechung. Bei der Remission des Erkenntnisses an die Untersuchungsbehörde wird derselben zugleich eröffnet, daß ein anderes Strafgesetz umgangen sey, und anheimgegeben, deshalb eine neue Untersuchung einzuleiten.

Entscheidungen entbehren also der hauptsächlichsten Voraussetzung. Hienach sind unsere beiden Angeschuldigten formell ungehört verdammt worden. Die mitgetheilten Entscheidungen verstoßen demnach gegen die erste Vorschrift des Criminalprocesses. Beide Inculpatinnen sind aber auch wegen eines Verbrechens verurtheilt worden, deren objectives Vorhandenseyn geradezu geläugnet werden muß. — Der directe Beweis dieser Behauptung kann nicht schwer fallen.

Augenscheinlich kann nach preußischem Rechte die unerlaubte Selbsthülfe nicht blos durch eigenmächtige Besitzergreifung, sondern durch jede unbefugte Handlung verübt werden, durch welche sich Jemand selbst Recht zu verschaffen sucht[37]). Die Aussetzung eines hülflosen Kindes auf den Grund und Boden seines eigenen unehelichen Vaters fällt nun auf den ersten Anblick allerdings unter den Begriff dieses Verbrechens. Diese Ansicht würde noch mehr Schein für sich haben, wenn der schon im Voraus erwählte Finder des auszusetzenden Kindes nach den positiven Gesetzen verpflichtet wäre, dasselbe zu alimentiren. Eine solche Alimentationspflicht existirt jedoch weder gemeinrechtlich, noch landrechtlich[38]). Man kann dagegen nicht einwenden, daß die beiden wegen Selbsthülfe verurtheilten Mütter wenigstens in dem Glauben standen, durch ihre Handlung den unehelichen Vätern die Ernährung ihrer ausgesetzten Kinder zu obtrudiren. Derjenige, welcher nur ein Recht zu haben glaubt, kann allerdings ebenfalls eine Selbsthülfe in Beziehung auf die Ausübung dessel-

---

37) §§. 157—159. d. Allg. Land-Rechts II. 20.

38) Carpzow. pract. rer. crim. quaest. 10. n. 25. Koch inst. jur. crim. §. 479. Quistorp a. a. O. §. 235. Not. a. §. 15. d. Allg. Land-Rechts II. 19. Eben so erkennt das oben mitgetheilte Rescript vom 18. April 1796 an, daß das Publicum das ausgesetzte Kind ernähren muß.

den begehen. Allein es ist doch ein wesentliches Erforderniß, daß die Intention desselben unmittelbar auf die eigenmächtige Realisation des Rechts gerichtet seyn muß. Dieses Criterium fehlt in den beiden mitgetheilten Fällen. Denn die nächste Bestrebung der beiden Angeschuldigten lag doch, ihrem geständlichen Vorsatz nach, darin, sich der Sorge für ihre unehelichen Kinder zu entschlagen. Daß sie gerade die Wohnungen ihrer Schwängerer zur Aussetzung wählten, lag nicht in dem Vorsatz, sondern in den noch hinter dem strafrechtlichen Vorsatz liegenden Motiven der That. Sie glaubten weniger Unrecht zu thun, wenn sie die Alimentation der verlassenen Kinder deren wirklichen oder angeblichen Vätern, und nicht ganz unbetheiligten dritten Personen aufbürdeten. Hienach ist es klar, daß sie weder eine unerlaubte Selbsthülfe begingen, noch auch dieselbe beabsichtigten. Wollte man dieses Verbrechen so construiren, daß es dabei gar nicht darauf ankomme, ob die eigenmächtige Realisirung des Rechts direct oder nur beiläufig vorgenommen werde, so läge darin ein doppelter Verstoß. Zuvörderst würde man den Boden des positiven Gesetzes verlassen; denn der §. 757. des Strafrechts sagt ausdrücklich: wer mit Vorbeigehung der Obrigkeit sich selbst Recht zu verschaffen sucht. In dem Ausdruck „suchen" liegt recht eigentlich die directe Bestrebung auf eine eigenmächtige Realisirung des Rechts. Dieses Wort hätte außerdem gar keinen Sinn, da es bekanntlich mit dem, was man sonst Versuchshandlungen nennt, nicht in Verbindung gebracht werden darf. Sodann würde man aber durch die erwähnte Ausdehnung Verbrechen der schwersten Gattung in concreto hieher ziehen, oder wenigstens eine ideale Häufung von Verbrechen (concursus delictorum formalis) [39]) zulassen, wovon in dem

39) Heffter Lehrbuch §. 89.

ganzen preußischen Strafrecht nicht eine Spur vorkommt [40]).

Es ist noch hervorzuheben, daß die unvereheliche S. aus dem §. 157. cit. nur mit einer fiscalischen Strafe belegt worden ist [41]). Die unvereheliche R. ist dagegen aus dem §. 158 cit. mit einer criminellen Strafe belegt, weil sie mit ihrer Alimentationsklage gegen den Schulzensohn P. und dessen Eltern rechtskräftig abgewiesen worden ist. Sie soll deshalb, nach der wörtlichen Bestimmung dieses Strafgesetzes, „der obrigkeitlichen Entscheidung zuwider" gehandelt haben. Zwischen dem Judicat des Civilrichters und dieser Vorschrift findet aber gar keine reelle Verbindung Statt. Nach der Entstehungsgeschichte dieser Paragraphen kann unter der obrigkeitlichen Entscheidung nur ein Inhibitorium des competenten Civilrichters, oder der Befehl einer andern öffentlichen Behörde verstanden werden, daß der status quo in gewissen bestehenden Verhältnissen nicht verrückt werden soll. Ein Judicat im petitorischen Processe gehört deshalb überhaupt nicht hieher. Am allerwenigsten läßt sich dies von dem hier vorliegenden abweisenden Erkenntniß sagen. Denn bekanntlich hat ja eine uneheliche Mutter nicht etwa ein Klagerecht, welches dahin gerichtet ist, daß der Schwängerer sein außerehelich erzeugtes Kind zur eigenen Verpflegung und Erziehung zu sich nehmen muß; zu dieser ist sie vielmehr ganz allein verpflichtet. Der Schwängerer muß Geldalimente an sie zahlen, und hat nur nach erlangtem vierten Lebensjahre des Kindes die Berechtigung, dieses selbst zu erziehen [42]). Es besteht also keine gesetz-

40) Daß der §. 159. cit. nicht von diesem Falle, sondern von einer Concurrenz mehrerer Verbrechen spricht, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

41) §. 34. d. Allg. Ger. O. I. 35. verglichen mit §. 35. des Allg. Land-Rechts II. 20.

42) §§. 621 u. 622. d. Allg. Land-Rechts II. 2.

liche Verpflichtung für ihn, die selbsteigene Erziehung seines unehelichen Kindes zu übernehmen. Das vorliegende Judicat enthält auch davon kein Wort, sondern weist nur die unverehelichte R. mit ihrem Anspruch auf Geldalimente zurück. Demselben konnte sie folgerecht nur dadurch zuwiderhandeln, daß sie ihren Schwängerer auf eine eigenmächtige Weise vermochte, dennoch die eingeklagten Gelder zu zahlen. Dieses ist nicht geschehen, sie hat vielmehr ihr uneheliches Kind vor der Hausthür seiner Eltern abgesetzt. Daraus folgt also bis zur Evidenz, daß die unverehelichte R. einer obrigkeitlichen Entscheidung nicht zuwidergehandelt hat.

Die Praxis geht ferner, wie wir gesehen haben, von dem unangemessenen Gesichtspunkte aus, daß die Kindesaussetzung entweder mit einem andern Verbrechen in Concurrenz tritt, oder ein anderes Verbrechen involvirt[43]). Diese Trennung wird also construirt. Das Vergehen, welches bezweckt wird, ist entweder gegen das Kind gerichtet, oder gegen die Vermögensrechte dritter Personen. In dem letzten Falle soll dann ein Betrug, eine unerlaubte

---

43) Wohin diese Unterscheidung führt, können wir beiläufig an einem Beispiele sehen, welches in der Geschichte des italischen Mittelalters vorkam. Eine leichtfertige Schauspielerin hatte einen beinahe zwei Jahre alten unehelichen Sohn, welcher ihr in ihren ferneren Liebesunternehmungen hinderlich wurde. Sie beschloß deshalb, ihn auszusetzen. Dies sollte mit einem gewissen Eclat geschehen. Sie kleidete deshalb das Kind auf eine höchst phantastische Weise an, und bewirkte die Aussetzung desselben auf einem mit einer schon unruhigen Menschenmenge angefüllten Platze. Es entstand dadurch nicht blos ein Eclat, sondern ein Tumult, welcher nur sehr schwer zu stillen war. Käme dieser Fall bei uns vor, so müßte die unglückliche Mutter, nach dem Stande unserer heutigen Praxis, consequenterweise ex §. 11. der Verordnung vom 30. December 1798 wegen leichtsinniger Erregung eines Tumultes bestraft werden. — Dergleichen Fälle mögen übrigens unter den älteren Rechtslehrern die Unterscheidung inter expositionem, quae palam in loco publico, et abjectionem, quae in loco solitario fit, hervorgerufen haben. Cujacius ad tit. Cod. de expos. infant.

Selbsthülfe oder dergleichen vorliegen. Die letzte Ausdehnung läßt sich auf keine Weise rechtfertigen; denn bei der expositio infantum liegt das Charakteristische recht eigentlich darin, daß das ausgesetzte Kind immer nur das einzige Object des Verbrechens seyn kann. Es ist also stets ein Delict gegen die Persönlichkeit des Kindes, wodurch dessen Wohlbefinden, Gesundheit und Leben gefährdet werden kann. Die Kindesaussetzung verträgt daher keine anderweite Beimischung. Namentlich ist es ungehörig, dieselbe als eine Vermögensverletzung dritter Personen anzusehen. Eine solche Verletzung kann sehr leicht dadurch herbeigeführt werden. Sie fällt aber, als etwas rein Accidentelles, nicht in den begrifflichen Umfang des Verbrechens hinein. Dies ergiebt sich aus der oben vorgetragenen Entstehungsgeschichte. Jedes Compendium giebt darüber Auskunft [44]). In dem preußischen Landrecht, welches die expos. infant. aus dem gemeinen Rechte entlehnt hat, kommt darüber ebenfalls nicht die leichteste Andeutung vor; wohl aber spricht das in dem ersten Abschnitt mitgetheilte Rescript vom 18. April 1796 von einem bei der Kindesaussetzung obwaltenden Betrug, wodurch sich die Mutter der ihr obliegenden Pflicht der Ernährung des Kindes auf Kosten des Publicums entziehen will. Dies ist die einzige Handhabe, woran sich die Praxis möglicher Weise festhalten könnte. Von einer Haltbarkeit derselben kann aber nicht weiter die Rede seyn. Die angeführte Deduction ist in hohem Grade unangemessen, man mag den Ausdruck „Publicum" in dem gewöhnlichen Sinne,

---

44) Vergl. Heffter a. a. O. §§. 270 u. 271. Wer hieran noch etwa zweifeln sollte, den verweisen wir auf Leyser med. ad Pand. Th. 9. spec. 613. Dasselbe handelt de expos. infant. In der vierten Meditation wird Folgendes gesagt: Incidunt quoque in hoc crimen mulieres, quae infantes suos, ex stupro natos, in aedibus vel ad aedes stupratoris *exponunt*.

oder in einer eigenthümlichen Weise nehmen. Wollte nämlich der Gesetzgeber den Inbegriff derjenigen neben einander lebender Personen darunter verstehen, welche zur Alimentation des ausgesetzten Kindes nach den bestehenden Gesetzen contribuiren müssen, so läßt sich dagegen nichts erinnern. Unmöglich ist es jedoch, aus der Kindesaussetzung einen Betrug heraus zu construiren. Daß die Mutter, welche das Kind aussetzt, unbekannt bleiben will (worin die Erregung des Irrthums liegen würde), ist nicht eine wesentliche Voraussetzung dieses, sondern eine gewöhnliche Voraussetzung sehr vieler Verbrechen. Jeder Dieb, jeder Mörder verübt in den meisten Fällen seine That in der Hoffnung, daß seine Person als Thäter unbekannt bleiben werde. Darauf, daß diese Hoffnung nicht verwirklicht wird, kommt nichts weiter an. Als Betrüger im criminalistischen Sinne des Wortes können beide, als solche, unter keinen Umständen angesehen werden.

Die mitgetheilten Fälle zeigen nun deutlich, daß die ungerechtfertigte Verurtheilung wegen widerrechtlicher Selbsthülfe nur ein subsidiärer Nothbehelf ist. Die beiden Angeschuldigten konnten nach der Ansicht des erkennenden Gerichtshofes wegen Kindesaussetzung nicht bestraft werden. In den Gründen des zweiten Judicats ist es sogar unumwunden ausgesprochen, daß die Mutter gegen ihr Kind kein Verbrechen begangen hat. Man zog die Verletzung der Rechte der Väter in die Sache hinein, um nur eine Strafe verhängen zu können. Wären die Aussetzungen nicht gerade bei diesen, sondern an einem dritten Orte erfolgt, so würden beide Angeklagten völlig freigesprochen worden seyn. Diese Entscheidung beruht, wie wir gesehen haben, auf dem einfachen Raisonnement, daß das Landrecht in den §. 969—971. Th. II. Tit. 20. nur von der Aussetzung unehelicher neugeborner Kinder spricht. *Hier sind keine* neugebornen Kinder ausgesetzt; folglich

ist auch das Verbrechen der Kinderaussetzung nicht vorhanden.

Es handelt sich nun noch darum, die Hinfälligkeit dieser Argumentation gehörig nachzuweisen.

III. Das Landrecht und die Interpretation.

Bei der Auslegung des preußischen Strafcodex ist zuvörderst der wichtige Grundsatz festzuhalten, daß die Redactoren des Allg. Land-Rechts nur die Absicht hatten, das damalige geltende Recht zu recipiren und zu codificiren. Da, wo sie aus Zeitbedürfnissen oder andern Rücksichten den vorhandenen Rechtszustand änderten, sprachen sie sich klar darüber aus, und suchten diese Aenderung gehörig zu motiviren [45]). Ueber den bei dieser Materie im gemeinen Rechte vorgefundenen Rechtszustand herrscht nun weiter kein Zweifel. Nach demselben war sowohl die Aussetzung neugeborner als die älterer Kinder strafbar. Auf die eheliche und uneheliche Eigenschaft kam dabei ebenfalls nichts weiter an [46]).

Die Reception des bestehenden Rechtes erfolgte nun in einer ganz eigenthümlichen Weise. Die hieher gehörigen Strafbestimmungen des Landrechts finden sich bereits in dem Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten vor [47]). Auf die Veränderung der Stellung derselben im Landrechte kann dabei nichts weiter

---

45) Temme Handbuch des Preuß. Crim. Rechts S. 7. Temme Lehre vom Diebstahl S. 2 u. 3. Stelzer in seiner Kritik über Preußens neues Strafgesetz, Halle 1795, sagt S. 50. hierüber Folgendes: Das preußische Crimininal-Gesetzbuch ist im Allgemeinen den Grundsätzen Quistorp's und Koch's gefolgt. Doch sind ihre Meinungen, besonders die des Letztern, zuweilen modificirt, zuweilen ganz verworfen.

46) Koch a. a. O. §. 477. Quistorp a. a. O. §. 279. bes. Not. a.

47) Th. I. Tit. 8. Abschn. 10. §§. 724—728. §§. 727 u. 728.

ankommen. Nach dem Entwurf des Gesetzbuches war nun dem Richter eine eigentliche Interpretation ganz untersagt. Er mußte sich lediglich an die Worte und deren Zusammenhang halten, oder eine Belehrung bei der Gesetz-Commission einholen [48]). Freilich wurde dieser Grundsatz im Landrecht schon halb aufgegeben [49]) und späterhin ganz bei Seite gelegt [50]).

Hält man nun die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers fest, daß der Richter von dem gegebenen Wortinhalt eines Gesetzes nicht abweichen durfte, so hatte er in seiner Weise alles gethan, um den vorhandenen Rechtszustand zu sichern. Gegenstand der Kindesaussetzung sind nach dem wörtlichen Inhalte der aus dem Entwurfe unternommenen Strafbestimmungen des Landrechts: lebendige Kinder. Das Prädicat der Neugeborenheit wurde geflissentlich darin weggelassen; dies ergiebt sich ganz klar aus einer Vergleichung des §. 969. mit den vorhergehenden Strafbestimmungen. In den §. 965 u. 966. ist ganz ausdrücklich von neugebornen Kindern die Rede. Die beiden nächstfolgenden Strafgesetze (§§. 967 u. 968.), welche zusammengehören, haben ebenfalls dergleichen Kinder vor Augen; denn die handelnde Person wird darin als „eine Wöchnerin" bezeichnet. Hätte es nun in der Absicht des Landrechts gelegen, nur die Aussetzung neugeborner Kinder zu bestrafen, so würde es sonnenklar den §. 969. mit den Worten angefangen haben:

Hat eine Wöchnerin ihr lebendiges Kind u. s. w.

Mit diesem Ausdruck wäre zugleich der Zeitpunkt der Dauer der Neugeborenheit gehörig festgestellt worden.

48) §§. 34—36. der Einleitung zum Entwurfe des Gesetzbuchs.

49) §§. 46 u. 49. der Einleitung zum Allg. Land-Recht.

50) §. 2. des Anh. zum Allg. Land-Recht.

Statt dessen gebraucht der allegirte Paragraph die ganz allgemeinen Worte:

Hat die Mutter ein lebendiges Kind u. s. w.

In dem §. 972. kehrt das Landrecht wieder zu dem eigentlichen Kindermorde zurück. Dort gebraucht es nicht mehr den Ausdruck Mutter, sondern spricht sehr bezeichnend von einer Gebärerin. Das Gesetzbuch giebt dadurch wieder zu erkennen, in welchem Sinne die vorhergehenden Strafbestimmungen aufgefaßt werden sollen.

Von dem Standpunkte des Entwurfs aus durfte nun kein Richter sich unterfangen, von dem gegebenen Gegenstande und dem Wortinhalte des Gesetzes abzuweichen. Er war also auch nicht befugt, die Qualität der Neugeborenheit in dieses dem Wortinhalte nach klare Strafgesetz hinein zu interpretiren.

Die §§. 969 fg. sprechen nun zunächst von unehelichen Kindern. Diese sind also auch ohne alle Rücksicht auf die Eigenschaft der Neugeborenheit Gegenstand dieses Verbrechens [51]).

Diese grammatische Interpretation hat auch einen guten logischen Grund für sich. Schon von vorn herein gilt die Voraussetzung, daß das Landrecht das über diese Materie geltende gemeine Recht recipirt hat. Diese Voraussetzung wird dadurch zur vollen Gewißheit erhoben, daß eine ausdrückliche Abweichung von dem letzteren weder angedeutet, noch besonders motivirt worden ist. In dem

51) Hier wäre eigentlich der Ort, zugleich zu beweisen, daß das Landrecht nicht blos uneheliche, sondern auch eheliche Kinder als Gegenstand der Kindesaussetzung angesehen wissen will. Dies würde sich auch aus einer genauen Vergleichung des §. 969. mit den §§. 982 u. 983. dieses Titels, welchen die §§. 797 u. 798. des Entwurfs correspondiren, mit Zuhülfenahme der eigenthümlichen inneren Einrichtung des Landrechts leicht bewirken lassen. Diese Ausführung ist jedoch hier von keinem Interesse.

vorgefundenen gemeinen Rechte waren nun auch Kinder Gegenstand der Aussetzung, denen das Prädicat der Neugeborenheit fehlte. Der Schlußsatz folgt daraus von selbst.

Das durch diese Interpretation gewonnene Resultat muß auch noch jetzt seine Geltung haben. Dadurch, daß der preußische Richter nach dem Landrecht und späteren Gesetzen in Beziehung auf die Auslegung eine freiere Stellung gewonnen hat, wird darin gar nichts geändert; denn eben durch die Aufhebung der Gesetz-Commission sind deren Functionen auf die Richter übergegangen. Die letzteren dürfen bei der Auslegung des Landrechts sich nicht auf einen selbstgewählten Standpunkt stellen. Im Gegentheil müssen sie dabei stets das Verhältniß des Gesetzgebers zum Richter materiell berücksichtigen, wie es der Entwurf des Gesetzbuches ursprünglich bezweckte; denn nur auf diesem Wege läßt sich einzig und allein der Grund der einzelnen Bestimmungen so wie die Absicht des Gesetzgebers ermitteln, und hierin liegt ja das eigentliche Wesen jeder Interpretation.

Hiemit könnten wir, streng genommen, schließen. Denn unsere Aufgabe bestand nur darin, den Nachweis zu liefern, daß die Praxis dem Gesetz aus dem Wege gegangen ist. Zur vollständigen Versöhnung der Theorie und Praxis dürfen jedoch folgende Ausführungen nicht fehlen:

Es ist eine nicht genug hervorzuhebende Eigenthümlichkeit des preußischen Gesetzbuchs, daß sich dasselbe in eine langgestreckte Casuistik verliert. Nirgends ist dies gerade mehr der Fall, als in der Lehre vom Todtschlag und vom Kindermord. In den letztern spielt nun diese Materie hinein, wie wir gesehen haben. Hiezu kommt noch das Schlimme, daß die gelieferte Casuistik nicht einmal eine solche ist. Denn die Bestimmungen des

Allgem. Landrechts schwanken zwischen der Höhe allgemeiner Principien und der Tiefe individueller Fälle[52]). Die gelieferten individuellen Fälle sind nur in das Gewand der Individualität eingehüllt. Ihrem Kerne nach sind sie das nicht, was sie seyn sollen; sie bewegen sich nicht um die Fußsohlen des Princips, woraus sie entsprungen sind, sondern schlingen sich um den Gürtel ihres Erzeugers. Die äußere Wortcasuistik des preußischen Strafrechtes bedarf deshalb einer ganz eigenen Behandlung. Sie muß von dem Gürtel des Princips losgelöst, und auf ihre eigene Füße gestellt werden. Bei dieser Operation gruppirt sich um das Fußende des Princips eine Doppelreihe von individuellen Fällen. Die erste erfreut sich der Ehre einer ausdrücklichen Benennung im Gesetzbuche. Die zweite ist eine ungenannte Reserve-Aufstellung, welche sich gleichsam hinter dem ersten Gliede verbirgt; sie ist aber vorhanden, trotz daß sie in den Schlagschatten der ersten Linie zurückgedrängt ist. Der Gesetzgeber hat sie nicht direct benannt, wohl aber indirect auf ihre Existenz hingedeutet. In der gelieferten Casuistik konnte auf diese Weise nur eine gewisse Vollständigkeit erreicht werden. Das Vorhandenseyn der Reserve-Aufstellung wird auf folgende Weise klar erkannt. Die eigentlichen Sachfälle sind zum Gürtel des Princips hinaufgerückt; bis dorthin ist auch der Kopf des Princips heruntergeholt. In der Mitte wurde mit beiden eine künstliche Metamorphose vorgenommen. Die Lebendigkeit des individuellen Falles verliert sich in einen simplen Wortfall, welcher gleichzeitig die Spitze des Princips in sich faßt. Mit andern Worten: das Landrecht liefert im Detail eine Reihe von specialisirten Wortregeln, wel-

52) v. Savigny vom Berufe unserer Zeit u. s. w. S. 90 fg.

chen man es auf den ersten Anblick ansieht, daß bei denselben der Grundsatz gelten muß: **positio unius non est exclusio alterius.** Denn die gegebenen Positionen liefern eben nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, welcher trotz dieser unangemessenen Hülle volle Geltung haben muß.

Durch diese plastische Darstellung ist die innere Structur des Landrechts hinreichend charakterisirt. Man findet in dessen einzelnen Bestimmungen weder das Princip, noch die Individualität in der Reinheit dargestellt. Beide müssen sehr oft auf eine mühsame Weise ermittelt werden. Die Interpretation hat hier eine sehr schwierige Aufgabe. Die gewöhnlichen Regeln versagen den Dienst. Der hinterste Grundsatz: Strafgesetze müssen einschränkend erklärt werden [53]), verliert sich in das Dunkel seiner eigenen Stellung. Die schwankende Interpretation entbehrt eines gemeinsamen Ausgangspunktes. Um sie auf sicherem Schienenwege zu erhalten, sind besondere Vorkehrungen nothwendig. Obenan steht die Berücksichtigung der Stellung der richterlichen Interpretation, wie sie ursprünglich von dem Entwurf des Gesetzbuches geregelt wurde. - Daneben darf aber auch die Zurückführung der Strafbestimmungen bis auf ihre Wurzeln im gemeinen Recht nicht fehlen. — Von beiden Regeln haben wir bei der Interpretation des §. 969. den nöthigen Gebrauch gemacht, welcher seinem Wortinhalte nach weder einer principiellen, noch einer individuellen Auffassung fähig ist [54]).

---

53) Dieser oft gebrauchte Ausspruch ist in der üblichen Allgemeinheit ganz unrichtig. Auch die ausdehnende Erklärung muß in diesem Rechtstheile Raum finden. Vergl. Ueber die Auslegung der Strafgesetze mit besonderer Rücksicht auf das gemeine Recht von Dr. S. Jordan. Landshut 1818. §§. 13. 14 u. 15. bes. S. 83—89.

54) Jeder Abschnitt des Strafrechts liefert die grellsten Beläge, daß man überall auf Durchschnittsgesetze stößt, deren Anwend-

Der Haupteinwand, welcher der Auslegung der hieher gehörigen Strafbestimmungen entgegengesetzt werden kann, ist allerdings auf den ersten Anblick eben so erheblich, als durchgreifend. Die Gesetzgebung erkennt ja in dem Rescripte vom 18. April 1796 selbst an, das die §§. 969—971. sich nur auf neugeborne Kinder beziehen.

Ueber die Geltung der Hofrescripte, welche vor dem Jahre 1806 erlassen worden sind, ist Folgendes zu bemerken. Dieselben fangen nach dem früheren Curialstyl sämmtlich mit den Worten: Wir Friedrich Wilhelm, an. Einige dieser Verordnungen enthalten die Unterschrift des Königs. Diese gewährt ebenfalls kein wesentliches Unter-

---

barkeit mit Schwierigkeiten verknüpft ist. Wir wollen nur wenige Beispiele aus der Lehre von den Fleischesverbrechen herausgreifen. Die ausführlichen Vorschriften über die Verführung von Mädchen, welche mit dem Thäter in einem verwandtschaftlichen, hausgenossentlichen oder in einem respectlichen Verhältniß stehen (§§. 1028—1037.), sind nach oben und nach unten zu nicht ausreichend. Das Gutachten der Gesetz-Commission vom 18. Nov. 1794 nebst dem Rescripte vom 1. December 1794 (Stengel Bd. 15. S. 212 u. Raabe Sammlung Bd. 2. S. 212.) hat die Gerichtsbehörden bereits der Mühe überhoben, durch ausdehnende Interpretation nachzuhelfen. — Die nicht gewerbsmäßig betriebene Kuppelei wird nach §. 996. bestraft. Dieses Gesetz erreicht nicht den Gipfel des Princips, ob es gleich die Schranken der Individualität bedeutend überschreitet. Es kam folgender Fall vor. Ein Frauenzimmer ging einer schon bejahrten wollüstigen Wittwe bei der Befriedigung ihres Geschlechtsgenusses zur Hand. Sie führte ihr alte Junggesellen zu, welche auf besondere Auswahl bei dem schönen Geschlechte gar keinen Anspruch mehr machen durften. Ist diese Kupplerin strafbar, oder nicht? Die Praxis sprach sich unbedingt für die Bejahung dieser Frage aus. Dieselbe nimmt auch an, daß alte Mannspersonen, welche längst über die Jahre des eigenen Geschlechtsgenusses hinaus sind, sich dennoch strafbar machen, wenn sie unschuldige Kinder weiblichen Geschlechtes durch unzüchtige Manipulationen zur Wollust reizen. Zu diesem Resultat gelangt man nur durch eine sehr mühsame extensive Erklärung des §. 995. des Strafrechts.

scheidungszeichen; denn andere dergleichen Rescripte, welchen die Unterschrift des Königs fehlt, sind in der Regel auf dessen Specialbefehl erlassen, ohne daß dieser Befehl an das Ministerium noch besonders erwähnt wird. Ueber diese Schwierigkeiten kommen wir bei der Interpretation des Rescripts vom 18. April 1796 von selbst hinweg. Geht dasselbe unmittelbar vom Könige aus, dann ist es eine Cabinetsorder, welche vim legis hat. Ist das Rescript keine Cabinetsorder, dann hat der Gesetzgeber doch seine Geltung dadurch anerkannt, daß er dasselbe in das officielle Gesetzbulletin aufgenommen hat. Die Praxis ist auch durchweg darin einverstanden, daß dasselbe aus diesem Grunde volle Gültigkeit haben muß[55]). Neben dieser authentischen Interpretation hat nun die doctrinelle Erklärung keinen Raum; deshalb ist es ohne Mühe einzusehen, daß in dem Landrecht nach einer speciellen Strafbestimmung für die Aussetzung von Kindern, welchen das Prädicat der Neugeborenheit fehlt, nicht weiter gesucht werden darf. Dagegen kostet es viele Mühe, den Satz aus der positiven Gesetzgebung zu rechtfertigen:

daß eine außereheliche Mutter, welche ihr Kind, das bereits das Stadium der Neugeborenheit überschritten hat, auf eine gefahrlose Weise aussetzt, kein Verbrechen gegen die Persönlichkeit des Kindes begeht, und deshalb straflos ist.

---

55) Dadurch, daß wir oben bereits selbst diesem Hofrescript entgegengetreten sind, glauben wir uns keiner Inconsequenz schuldig gemacht zu haben. Dergleichen Rescripte enthalten neben der entscheidenden Bestimmung über einen einzelnen Fall in der Regel auch noch die Gründe dieser Entscheidung. Sollten nun auch die letzteren gänzlich unzureichend seyn, wie dies bei dem allegirten Rescripte der Fall ist, so verliert doch der dispositive Theil desselben dadurch nicht seine Wirksamkeit. Wie sehr auch dieses Hofrescript den durch das Landrecht festgestellten Rechtszustand verkannt hat, so ist es doch für die Gerichtsbehörden vollkommen bindend.

Dieses Ergebniß kann nur durch ein willkührliches Ignoriren des allegirten Rescripts erlangt werden. Denn dasselbe verordnet mit dürren Worten, daß die Aussetzung älterer Kinder dennoch Gegenstand einer Criminaluntersuchung und Strafe seyn soll. Die mitgetheilten Entscheidungen entbehren also auch von dieser Seite jeder gesetzlichen Stütze, und stehen ganz ungerechtfertigt da. Hiegegen läßt sich auch nicht einwenden, daß eine für strafbar erklärte Handlung straflos bleiben müsse, wenn eine specielle Strafbestimmung für dieselbe nicht festgesetzt ist. — Hierin liegt an und für sich eine ganz paradoxe Argumentation. Sie dürfte im vorliegenden Falle um so weniger zu beachten seyn, als das Rescript vom 18. April 1796 ganz ausdrücklich auf die Bestimmung des §. 35. des Strafrechts hinweist. Hier gerathen wir glücklicher Weise auf den Boden der Ausgleichung und der Versöhnung; denn wir würden die beiden Mütter wegen Aussetzung ihrer Kinder auch nur mit einer willkührlichen Strafe belegt haben. Die Praxis der preußischen Gerichtshöfe tritt noch tiefer in den Schatten, wenn man den Entwurf zum neuen Strafgesetzbuch hiebei in Erwägung zieht. Er hat dem Verbrechen der Aussetzung objectiv (§§. 317—320.) eine Ausdehnung gegeben, aus welcher klar hervorgeht, daß der Gesetzgeber das Aussetzen der Kinder für strafbar hält, welche den Zeitraum der Neugeborenheit überschritten haben. Die Praxis hat deshalb in dieser Lehre die weiten Thorflügel eines Asyls geöffnet, welches auf dem christlichen Boden des Landrechts bisher ganz unbekannt war.

Das Inquisitoriat zu Königsberg wird sich durch Präjudicate nicht irre machen lassen, und das Verbrechen der Aussetzung in seiner eigenthümlichen Reinheit

auch als eine Handlung seines unmittelbaren criminal-amtlichen Einschreitens ansehen. Wir schließen mit dem Wunsche, daß die zwischen ihm und dem erkennenden Gerichtshofe entstandene Disharmonie entweder durch Vergleichung eigener strafrichterlicher Gewalt, oder durch Publication des neuen Strafgesetzbuches recht bald ausgeglichen werden möge.

XV.

Welche ergänzende Einrichtungen fordert die Einführung des Besserungssystems?

mit Beziehung

auf das neueste Werk von Bonneville über diesen Gegenstand

beantwortet

von

Mittermaier.

Die Zahl der Freunde des sogenannten Pönitentiarsystems vermehrt sich zwar mit jedem Tage; aber die Art, wie die Berathung darüber häufig geführt wird, läßt Manches zu wünschen übrig. Es ist nicht genug gethan, wenn man darüber lange Berathungen anstellt, ob das System der völligen Einsamkeit oder das der beschränkten Isolirung zweckmäßiger sey, und dabei die nothwendigen Vorfragen unbeachtet läßt, unter welchen Voraussetzungen das Pönitentiarsystem die gehofften Wirkungen hervorbringen kann, welche wesentliche Umgestaltung die Strafgesetzgebung des Landes durch Einführung des genannten Systems erleiden muß, welche ergänzende Einrichtungen in der ganzen Gesetzgebung dies System fordert. In dem Staatsleben, wie in den gesellschaftlichen Zuständen dürfen die einzelnen Erscheinungen so wenig als in der moralischen oder physischen Natur isolirt betrachtet, sie müssen im Ganzen, im Zusammenhange mit andern Einrichtungen aufgefaßt werden,

welche zu ihrer Wirksamkeit gehören. Spricht man von den Vortheilen der einsamen Einsperrung in Amerika und England und will man diese uns ebenso für Deutschland verbürgen, so fragen wir, ob jene Verhältnisse der Oeffentlichkeit und jener durch Preßfreiheit erstarkten öffentlichen Controle, welche die Ausführung jeder Maaßregel der Gesetzgebung und Verwaltung überwacht und unerbittlich rügt, auch bei uns in Deutschland vorhanden seyn werden, wo so häufig der Regierungsbeamte die Einmischung der Bürger in die Verwaltungsangelegenheit als tadelnswerthes Mißtrauen gegen die Regierung, als Beleidigung gegen sich betrachtet und die Censur den Tadel der Einrichtungen unterdrückt. Das Volk denkt sich nun einmal die einsame Einsperrung (freilich mit Unrecht) als etwas Grausames und fürchtet die Willkür der Beamten. Wird das Mißtrauen nicht durch die Oeffentlichkeit der Controle beseitigt, so darf der Staat nicht darauf rechnen, daß seine Gesetzgebung für gerecht betrachtet wird. Wenn in England überall Bürger als Mitglieder der Aufsichtsbehörden thätig sind und durch sie, denen freie Einwirkung eingeräumt ist, die Besorgniß entfernt wird, daß Mißbräuche sich einschleichen, so möchte es sehr zweifelhaft seyn, ob wir auch in Deutschland in den kleinen Städten, in denen Strafanstalten erbaut werden, auf eine so große Zahl unabhängiger Bürger rechnen dürfen, welche Muße genug haben, den beschwerlichen Aufsichtsdienst zu führen, und Kraft genug besitzen, auch den Beamten, wenn sie Unregelmäßigkeiten sich erlauben, entgegenzutreten. Wir könnten Beweise liefern, wie krankhaft die Schutzvereine für entlassene Sträflinge sich an vielen Orten hinschleppen und häufig wegen des Mangels an Theilnehmern sich auflös'ten. Wir wollen diesmal dies Kapitel nur berühren, ebenso nur andeuten, daß wir es für ungerecht halten, wenn man neben der einsamen Einsperrung noch die Vortheile der alten, auf eine

ganz andere Gefängnißzucht berechneten Strafgesetzgebung beibehält, z. B. die entehrenden Strafen, die lebenslänglichen Freiheitsstrafen, fortbestehen läßt und so langdauernde Strafen droht, die unter der Herrschaft des alten Abschreckungsprinzips entstanden sind. Wir wollen diesmal nur bei jenen Punkten verweilen, zu deren Betrachtung ein neues werthvolles Werk Veranlassung giebt. Hr. Bonneville, Staatsprocurator in Versailles, Verfasser mehrerer guten Schriften, z. B. über den Rückfall, hat ein interessantes Werk unter dem Titel: **Traité des diverses institutions complementaires du regime pénitentiaire par** ***Bonneville*****, Paris 1847**, herausgegeben. Dies Werk verdient eine allgemeine Beachtung. Reue und Besserung der Sträflinge — Worte, die einst im Wörterbuche der abschreckungslustigen Gesetzgeber keinen Platz fanden, haben jetzt eine große Bedeutung gewonnen. Die Erfahrung lehrt, daß an menschlichen Leidenschaften und an vielen schlechten Zuständen die Wirksamkeit der Strafe scheitert und die Besserung oft sehr spät, oft erst nach der Entlassung aus der Anstalt, oft gar nicht eintritt. In jedem Momente wird die Gesetzgebung auf die Prüfung der Ursachen geführt, von welchen das Gelingen oder das Mißlingen der auf Besserung berechneten Einrichtungen abhängt, und zur Erforschung der Mittel, die Wirksamkeit des Besserungssystems zu sichern, veranlaßt. Der Verfasser des oben genannten Werkes hebt mit Recht als ergänzende Einrichtungen eines guten Pönitentiarsystems folgendes hervor: I. Ersatz des durch ein verübtes Verbrechen gestifteten Schadens durch den Verurtheilten, II. das Begnadigungsrecht, III. die Einrichtung einer vorbereitenden Befreiung für völlig gebesserte Sträflinge, IV. ergänzende Einsperrung unverbesserlicher Verbrecher, V. Vermehrung der abschreckenden Kraft der Strafe in Bezug auf entlassene Sträflinge, VI. zweckmäßige Einrichtung der Aufsicht über die Entlas-

senen, VII. gehörige Einrichtung von Schutzanstalten für diese Entlassenen, VIII. Verbesserung des Systems der Rehabilitation. In Bezug auf den ersten Punkt muß man dem Verfasser (S. 3) Recht geben, wenn er zeigen will, daß die Zwecke der Anwendung der Strafen nicht blos durch die im öffentlichen Interesse zuerkannte Strafe, sondern auch durch den Ersatz des von dem Verbrecher gestifteten Schadens erreicht werden. Denkt man sich, daß der Verbrecher auch eine Jahre lang dauernde Strafe erduldet, aber die durch das Verbrechen rechtswidrig erworbenen Vortheile behält, so kann man schwerlich behaupten, daß in einer solchen Einrichtung ein abschreckendes Element liegt. Wenn man nach dem neuen System auf Besserung der Sträflinge Alles berechnet, so muß man auch die Reue derselben erwecken; die Reue aber äußert sich dadurch, daß sie das Unrecht wieder gut machen will. Nach dem jetzigen Stande des Rechts wird aber dieser Ersatz nicht beachtet; von 100 Strafsachen, die an die Assisen gelangen, ist es kaum Eine, in welcher eine Civilpartei auftritt, und von correctionellen Fällen sind es 6, in denen dies der Fall ist. Dies beweist, daß die Bürger kein Vertrauen zur Justiz haben. Der Verbrecher, der nach erstandener Strafe die von ihm gestohlenen in Sicherheit gebrachten Summen ruhig benutzt, lacht über den gutmüthigen Staat und über den geprellten Bestohlenen. Nach der Criminalstatistik Frankreichs betrug 1843 die Gesammtsumme der durch Diebstähle entzogenen Summen 7,483,782 Francs, und der Minister erklärt, daß wenigstens $^3/_4$ davon in den Händen der Diebe geblieben sind. Daß ein solcher Zustand nicht abschreckende Kraft hat und die Zahl der Rückfälligen leicht erklärt, ist begreiflich. Nach dem Verf. würde es zweckmäßig seyn, den freiwilligen Ersatz als Milderungsgrund im Gesetze aufzustellen (S. 27), den fiskalischen Grundsatz aufzuheben, nach welchem die Civilpartei, wenn sie auch

nicht unterliegt, zur Zahlung der Prozeßkosten zu verurtheilen und provisorisch durch das Gericht den Betrag der Entschädigung von Amtswegen feststellen zu lassen, und dem durch ein Verbrechen Beschädigten gesetzlich ein besonderes Vorzugsrecht auf das Vermögen des Verurtheilten einzuräumen (S. 54). Die Leistung des Ersatzes sollte als eine vorgängige Bedingung, unter der allein Begnadigung ertheilt wird, angesehen werden (S. 65). Uns scheint, daß der Verf. hier durch seinen Eifer zu weit fortgerissen ist; zwar erklärt er selbst, daß diese Bedingung nur bei zahlungsfähigen Verurtheilten, aber auch bei denen eintreten sollte, deren Familien zahlungsfähig sind. Wenn aber die Begnadigung im öffentlichen Interesse eintritt, wenn die bei jeder Gesetzgebung unvermeidlich vorkommenden Fälle, nach denen die gesetzlich zuerkannte Strafe im Mißverhältnisse mit der Größe der Verschuldung steht, die Herstellung des materiellen Rechts auf dem Wege der Gnade fordern, so würde es sehr hart seyn, wenn z. B. in einem Falle, wo die Strafe entschieden viel zu hoch ist, die Begnadigung deswegen nicht eintreten sollte, weil der Vater oder die Geschwister eines leichtsinnigen Sohnes oder Bruders, der durch seine Verbrechen großen Schaden stiftete, nicht Lust haben, den Ersatz dafür zu leisten. Mehr läßt sich dafür sagen, daß nach dem Vorschlage (S. 73) ein Theil des Arbeitsverdienstes des Sträflings zurückgehalten werden soll, um dadurch den Ersatz des Schadens zu leisten. — Die zweite Abtheilung bezweckt, das Institut der Begnadigung zu rechtfertigen; in Zusammenhang mit dem Besserungssystem bringt es der Verf., welcher eine interessante Schilderung darüber liefert, wie in Frankreich die Gnade ausgeübt wird, in sofern, als er verlangt, daß denjenigen, welche sich während der Strafzeit sehr gut betragen haben, die Aussicht auf Erlassung der Strafzeit durch Gnade eröffnet und dadurch ein Sporn zur Besserung gegeben wer-

den soll. Nach dem Vorschlage des Verfs. (S. 161) könnte die Ertheilung der Gnade an Bedingungen, z. B. daß der Verurtheilte Ersatz leiste, für Anstalten der Wohlthätigkeit etwas gebe, geknüpft werden. Richtig bringt der Vf. (S. 188) einen in Frankreich eingeschlichenen Mißbrauch zur Sprache, indem die Geschwornen, nachdem sie bereits das Urtheil gefällt und sich getrennt haben, ein Begnadigungsgesuch für den, welchen sie verurtheilten, unterzeichnen und einreichen. Es verdient eine ernstliche Berathung, ob nicht selbst der vom Vf. (S. 194) gemachte Vorschlag, daß die Geschwornen, wenn sie ihr Verdict aussprechen, durch Stimmenmehrheit den Verurtheilten noch der Gnade empfehlen können, bedenklich ist, da durch solche Empfehlungen die Geschwornen ihre Stellung leicht verkennen und sich zu einer größern Strenge verleiten lassen, indem sie hoffen, daß durch die Gnade der Regent helfen könne. —

In dem Kapitel über liberation préparatoire macht der Verf. (S. 202) den Vorschlag, daß das Gesetz den Verwaltungs-Behörden das Recht geben soll, auf vorgängige Vernehmung des Gerichts einen Sträfling, der sich als gebessert bewährte und gewisse Zeit in der Strafanstalt war, provisorisch in Freiheit zu setzen, jedoch so, daß bei der geringsten Klage gegen ihn der Entlassene wieder in das Gefängniß zurückgebracht wird. Durch diese Einrichtung würde, wie der Verf. zeigt, jeder Sträfling zur Besserung aufgemuntert, es würde ein allmähliger Uebergang von der Strafe zu dem Leben in der Freiheit und dem Wiedereintritt in die bürgerliche Gesellschaft begründet werden. Durch die Unterscheidung, welche auf diese Art zwischen den gebesserten Sträflingen und den überhaupt aus der Anstalt Entlassenen gemacht wäre, würde die Stellung der Ersten bei dem Austritt aus der Anstalt günstiger seyn; viele Rückfälle würden nicht mehr vorkommen. Richtig

macht der Verf. (S. 230) auf die günstigen Erfahrungen aufmerksam, welche die Regierung bereits in einigen Städten über die provisorische Freilassung jugendlicher Uebertreter gemacht hat. Der neue Entwurf des Gefängnißgesetzes §. 28 erkennt diese Art der Freilassung an. — Eine Ausdehnung auf Erwachsene würde leicht seyn. Der Verf. (S. 242) empfiehlt noch die Einrichtung, Sträflingen, die sich gut betragen, zu gestatten, in Familien der Stadt oder bei Handwerkern zu arbeiten, jedoch so, daß auf der Stelle die Erlaubniß zurückgenommen werden kann. — Gewiß verdienen diese Vorschläge Beachtung; allein ihre Ausführung ist nicht so leicht als es scheint; sie scheitert theils an der Schwierigkeit, zu erkennen ob wirklich der Sträfling gebessert ist, an den Gefahren der Heuchelei, an der Willkür der Gefängnißbeamten, theils an der neuen Schwierigkeit, Personen aufzufinden, deren Aufsicht der provisorisch in Freiheit Gesetzte anvertraut werden kann. Die Bürger scheuen sich, solche Sträflinge aufzunehmen; und kommen schlaue Verbrecher in Familien, so wirken sie dort leicht nachtheilig, verderben die freien Arbeiter und kommen mit andern Verdorbenen zusammen. Der Handwerker, bei dem sie arbeiten, bemerkt die allmählig sich äußernde Verdorbenheit des Entlassenen oder seinen verderblichen Einfluß auf Andere entweder gar nicht oder erst spät, oder hat den Muth nicht, die geeignete Anzeige zu machen. — Auf jeden Fall bedarf es einer großen Vorsicht und eines kräftigen Mitwirkens des Volks. — Von Bedeutung ist auch der weitere Vorschlag des Vfs. (S. 250), eine über die Strafzeit hinausreichende, sie ergänzende Einsperrung einzurichten. Der Verf. macht auf die Folgen aufmerksam, wenn der gebesserte Sträfling nach Abfluß seiner Strafzeit, die Seele erfüllt von verderblichen Vorsätzen oder wenigstens schwach und zugänglich jeder Verführung, in die bürgerliche Gesellschaft tritt und von jeder Versuchung gereizt neue

Verbrechen verübt. Um das Uebel zu beseitigen, könnten nach den Vorschlägen des Verfs. folgende Wege eingeschlagen werden: 1) entweder (S. 255) soll das Gesetz verordnen, daß jeder Sträfling nach überstandener Strafe eine Caution wegen guter Aufführung stellen muß, um der Ergänzungshaft zu entgehen; die Verwaltungsbehörde (verschieden nach der Art der erlittenen Strafe) bestimmte dann die Dauer dieser Haft und die Höhe der Cautionssumme. Unvermögliche Sträflinge dürften eine Caution von 25 Francs und eine moralische Caution durch die Bürgschaft eines angesessenen Bürgers stellen. Jeder solche, der Caution stellte, bliebe unter der Polizeiaufsicht. 2) Ein andrer Weg (S. 263) wäre der: daß die Tage, an welchen der Sträfling einer Disciplinarstrafe unterworfen war, nicht in der Strafzeit angerechnet werden sollten. Wir würden das, was der Verf. als Regel aufstellt, zur Ausnahme machen, und die sogenannte Ergänzungshaft nicht regelmäßig eintreten lassen. Es muß allen Vorstellungen des Volkes von der Strafe widersprechen, wenn es sieht, daß jene Verurtheilung zu einer gewissen Zahl Jahre nicht ernstlich gemeint ist, indem der Sträfling nach Ablauf der Strafzeit noch einige Zeit in Haft bleiben soll, wenn er nicht Caution stellen kann. Die Berufung darauf, daß der Sträfling es in seiner Macht habe, durch gutes Betragen dies abwenden könne, genügt nicht; denn jeder Erfahrene weiß, wie schwierig das Urtheil über das gute oder schlechte Betragen der Sträflinge ist (bei der absoluten Isolirung wird es noch schwieriger); der Sträfling, der sich schlecht beträgt, leidet ohnehin dafür die Disciplinarstrafe: warum soll er bei dem Austritt aus der Anstalt noch eine Strafe des schlechten Betragens leiden? Wir glauben, daß zweckmäßige Zwangsarbeitshäuser, in welche Entlassene, wenn sie der bürgerlichen Sicherheit gefährlich werden, gebracht werden können, verbunden mit guten Anstalten der

Fürsorge für entlassene Sträflinge, passendere Mittel sind. — Ein Hauptpunkt, worauf der Verf. (in Buch IV. S. 275) baut, ist die Nachweisung des Mangels der Wirksamkeit und abschreckenden Kraft der Strafen, vorzüglich in Bezug auf Rückfällige. Der Verf. beklagt insbesondere die Ungewißheit, welche Strafe den Rückfälligen treffen werde, und will darin einen Hauptgrund des Uebels finden. Wir glauben, daß der Verf. sich in Ansehung der abschreckenden Kraft täuscht; in Ländern, in denen der Rückfall mit sehr großer Härte gestraft ist, zeigt sich keine Verminderung der Verbrechen. Wir stimmen ihm zu, wenn er fordert (S. 307), daß der Rückfällige in der Strafanstalt viel strenger bestraft werde, als der erstmalige Verbrecher; wir können aber nicht beistimmen, wenn er will, daß das Gesetzbuch eine Vorschrift enthalte, daß in allen Fällen der Rückfällige eine höhere Strafe durch Ausdehnung der Strafzeit leide (auch hier muß dem Ermessen des Richters Freiheit gelassen und Gerechtigkeit auch gegen den Rückfälligen geübt werden). Der Verf. erwartet viel davon, daß jedem Sträfling bei seiner Verurtheilung und bei seiner Entlassung aus dem Gefängnisse angekündigt werde, daß der Rückfall strengere Strafe nach sich ziehen würde. — Nach dem baierischen Gesetzbuche ist dies schon seit 1813 vorgeschrieben und gehandhabt; aber eine Verminderung der Rückfälle wird durch die Erfahrung nicht bewiesen. Der Verf. betrachtet nun genauer das Institut der Polizeiaufsicht (S. 327). Die Beibehaltung desselben scheint ihm nothwendig; er fühlt aber wohl, daß dasselbe im nächsten Zusammenhange mit dem Pönitentiarsystem stehe. Mit Recht wendet der Verf. seine Hauptaufmerksamkeit auf die sogenannte Polizeiaufsicht, bei der er den Gang der französischen Gesetzgebung ausführlicher, als es bisher irgendwo geschehen ist, schildert und die Erfahrungen sammelt (S. 326). Die Zeugnisse aller besseren

verständigen Praktiker Frankreichs über die Nachtheile dieser Einrichtung, wie sie durch das Gesetzbuch von 1810 eingeführt wurde, sammelt trefflich der Verf. Auch die sogenannten Verbesserungen im Gesetze von 1832 haben keine genügende Abhülfe gebracht. Der Hauptfehler liegt darin, daß man die gebesserten Sträflinge bei ihrer Entlassung eben so behandelt, wie die ungebesserten. Der Entlassene muß den Ort angeben, an welchem er sich künftig aufhalten will (schon dies geschieht häufig sehr willkürlich, da die Entlassenen in ihre Heimath ungern zurückkehren, weil ihre Familie sie schlecht aufnimmt); er erhält nun keinen Paß, sondern ein sogenanntes feuille de route, das ihn als entlassenen Sträfling bezeichnet und schon überall verdächtig macht. Kommt er in dem gewählten Aufenthaltsorte an, so muß er auf der Polizei sich melden, und Alles geschieht wieder um ihn zu brandmarken; überall ist er zurückgestoßen; kein Meister mag ihn in Dienst nehmen, die andern Gesellen wollen nicht mit ihm arbeiten, beständige Neckereien und Erinnerungen an seine erlittene Strafe reizen ihn. Alles geschieht, um den gebesserten Sträfling, der redlich Arbeit sucht und ehrlich leben will, moralisch zu vernichten und die guten Wirkungen des sogenannten Besserungssystems zu zerstören. Unvermeidlich wird er zu neuen Verbrechen fortgestoßen. Sieht man auf die Erfahrungen in Bezug auf ungebesserte Sträflinge, so ist die Sache noch schlimmer; sie wählen leicht ihren Aufenthaltsort, und zwar da, wo sie ihre alten Verbrechensgefährten zu finden hoffen; sie wechseln ihren Aufenthaltsort mit Berufung darauf, daß sie keine Arbeit finden, führen beständig ein Vagabundenleben und verüben neue Verbrechen. So ist in Frankreich fast nur eine Stimme (S. 376), daß dieser Zustand nicht fortdauern kann. Man predigt die Einführung des Pönitentiarsystems; aber wie vereinigt man mit diesem Systeme, von welchem man die Wirkung der Besse-

rung erwartet, Einrichtungen, nach welchen der Gebesserte mit dem Ungebesserten in eine Klasse geworfen, und der Erste eben solchen, jedes Ehrgefühl der Aussicht auf ein ehrliches Fortkommen vernichtenden, den besseren Menschen schwer niederbeugenden und zu neuen Verbrechen antreibenden Beschränkungen unterworfen wird, die nur bei dem gefährlichen ungebesserten Sträfling gerechtfertigt werden können. Der Verf. schlägt nun eine andere Einrichtung der Polizeiaufsicht vor (S. 499); darnach soll die Verwaltung das Recht haben, gewisse Orte zu bezeichnen, an welchen sich der Entlassene nicht aufhalten darf, und andere Orte, auch in Algier, anzugeben, an welchen der Entlassene während der Zeit, in der er unter Polizeiaufsicht steht, sich aufhalten muß. Sträflinge, die sich gut aufführten, können von der Polizeiaufsicht gegen Caution (von 100 — 3000 Francs) sich befreien; diejenigen, welche sich musterhaft betrugen, können gegen moralische Caution eines angesessenen Bürgers befreit werden, jedoch so, daß die Regierung in jeder Zeit wieder die Polizeiaufsicht eintreten lassen kann. Die wegen crimes Verurtheilten sind kraft Rechtens unter Polizeiaufsicht gestellt; die wegen délits Verurtheilten, wenn sie Vergehen verübten, welche die innere oder äußere Sicherheit des Staats gefährden. Die Gerichte können von der Polizeiaufsicht befreien. Wir können den Vorschlägen des Verfs., die zwar entschieden vielfache Verbesserungen des bestehenden Zustandes enthalten, nicht billigen; sie leiden an schädlicher Halbheit. Wenn der Vf. wirklich dem Pönitentiarsystem so viel Kraft zutraut, so muß er auch zugeben, daß der in der Anstalt Gebesserte nicht wie der Ungebesserte behandelt werden soll; es bedarf nicht erst einer Cautionsleistung; sein Verbrechen muß vergessen seyn; nichts darf geschehen, um den Gebesserten zu brandmarken. Die Polizeiaufsicht bleibt, man mag sie einrichten wie man will, eine Brandmarkung

und ein drückender Nachtheil. Entweder muß man das ganze Institut, das wir nur durch den französischen Code kennen gelernt haben, das England und Amerika nicht kennt, ganz aufgeben, oder es so durchführen, daß es den gebesserten Sträfling nicht trifft und dem der sich in der Anstalt nicht gut aufführt, nur die Möglichkeit giebt, durch gutes Betragen in der Freiheit die Wirkungen wieder aufzuheben. In Bezug auf die Schutzanstalten für entlassene Sträflinge zeigt der Verf. gut (S. 523) die Wichtigkeit derselben, besonders im Zusammenhange mit dem Pönitentiarsystem, bemerkt aber, daß solche Anstalten nur gerecht erscheinen, wenn man auch für andere Hülfsbedürftige, die keine Verbrechen verübten, thätig sorgt; er hält es für nothwendig, auch für diejenigen, welche losgesprochen oder nach oft länger dauernder Untersuchungshaft von der Anklage entbunden werden, Anstalten der Fürsorge zu gründen, da so häufig solche Personen durch die Untersuchung schwere Nachtheile leiden; auch für die Frauen und Kinder derer, welche in Untersuchung gezogen oder verurtheilt wurden, sollte gesorgt werden; am wichtigsten werden aber Schutzvereine für entlassene jugendliche Uebertreter (S. 545). Die Bemerkungen des Verfs. verdienen Beachtung. Auffallend ist es, daß dagegen in Frankreich die Stimmen darüber, ob auch für erwachsene entlassene Verbrecher Schutzvereine gegründet werden sollen, so sehr getheilt sind. Auch viele conseils departementaux erklärten sich entschieden dagegen; sie finden darin die Ausflüsse einer übel verstandenen Philanthropie, selbst eine Ungerechtigkeit und eine Belohnung des Verbrechens. Der Verf. will die gebesserten von den ungebesserten Entlassenen trennen, und glaubt, daß nur in Ansehung der Ersten solche Anstalten de patronage sich rechtfertigen lassen; bei den Zweiten bedarf es der beständigen Aufsicht und einer Art Abschreckung. Auch in Bezug auf

die Ersten erklärt sich der Verf. gegen die Idee, Anstalten zu gründen, in welchen die entlassenen Hülfsbedürftigen Arbeit finden sollen. Mit Recht macht der Verf. endlich (von S. 623 an) die Rehabilitation zum Gegenstand seiner Untersuchungen. Man weiß, mit welchen Beschränkungen der Code dies Institut zuläßt, welche Förmlichkeiten er vorschreibt, die erfüllt werden müssen, wenn Rehabilitation eintreten darf. So ist es gekommen, daß von 1828 bis 1844, also im Laufe von 17 Jahren, von 37955 zu peinlichen Strafen Verurtheilten nur 388 rehabilitirt wurden; also 1 auf 100 Verurtheilte. Es ist nur eine Stimme aller Verständigen in Frankreich, daß das gegenwärtige System der Rehabilitation nichts taugt. Es ist unbegreiflich, wie man dem correctionellen Verurtheilten, also demjenigen, der weniger verdorben nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist, die Rehabilitation nicht gewährt, um gewisse empfindliche Ehrenfolgen zu tilgen. Warum soll nach dem Gesetze demjenigen, der wegen Rückfalls Strafe erlitten hat, nie möglich gemacht werden, die Ehrlosigkeit zu tilgen? Treibt den Gesetzgeber seine Vermuthung so weit, daß er gar nicht für möglich hält, daß auch der wegen Rückfalls Bestrafte sich bessern kann? Ist nicht der Zeitraum von 10 Jahren, nach deren Ablauf (von dem Tage der überstandenen Strafe an) erst der Entlassene um Rehabilitation bitten kann, viel zu lange? Ist es nicht eine Verletzung jeder Billigkeit und der Forderungen der Gesetzgebungskunst, daß das Gesuch um Rehabilitation öffentlich bekannt gemacht werden soll, damit nun die Erinnerung an die einst erlittene Strafe und das verübte Verbrechen bei allen Mitbürgern lebhaft aufgefrischt wird? — Wir sind noch sehr weit von derjenigen Humanität und Criminalpolitik entfernt, welche jeden Strafgesetzgeber leiten muß. Die alten Vorurtheile des Abschreckungsprincips sitzen zu tief.

wir schwätzen von Besserungssystemen, verhandeln über die beste Art, Strafanstalten einzurichten, aber davon haben wir keine Ahnung, was das Pönitentiarsystem fordert, wenn es wirksam seyn soll. Unsere neueren deutschen Strafgesetzbücher enthalten manche Verbesserung, aber glänzende Zeugnisse der Gesetzgebungskunst sind sie noch nicht.

Verbesserungen.

Jahrg. 1846. 4tes Stück:

S. 478 Z. 11 v. o. lies „der" statt „oder"
S. 480 Z. 14 v. o. l. „Alternative" st. „Alternation"
S. 480 Z. 10 v. u. l. „gelegt worden ist" st. „nicht gelegt worden ist"
S. 490 Z. 4 v. o. l. „Definitiv=" st. „Definitions"
S. 494 Z. 12 v. u. l. „nun" st. „um"
S. 494 Z. 2 v. u. l. „verurtheilen" st. „urtheilen"
S. 495 Z. 4 v. o. l. „doch" st. „auch"
S. 495 Z. 12 v. u. l. „nichtige" st. „wichtige"
S. 503 Z. 10 v. o. l. „zur" st. „der"
S. 507 Z. 6. v. o. l. „denn" st. „dann"
S. 515 Z. 9 v. u. l. „tempore" st. „tempora"

Halle,
Gebauer=Schwetschke'sche Buchdruckerei.

Stempelpflichtigkeit der Punktationen; C. Stempel zu Kauf- und Tausch-Verträgen; D. desgl. zu Erbpachts oder Erbzinsverträgen; E. desgl. zu Pachtverträgen; F. desgl. zu Lieferungs- und Entreprise-Verträgen; G. desgl. zu Uebertrags-Verträgen in Westphalen; H. desgl. zu den sonst vorkommenden Verträgen; I. besondere Bestimmungen für die Landestheile, worin französisches oder gemeines Recht gilt. K. Mittheilung der Verträge an andere Behörden.

Beigefügt sind ausführliche Tabellen zur Berechnung der Stempel und ein möglichst vollständiges alphabetisches, sowie ein übersichtliches Sachregister.

In einer Recension des Herrn Justizraths Sommer (Arnsb. Archiv für Preuß. Recht XII. 4.) heißt es:

„Der praktische preuß. Jurist hat mit dem Stempelgesetze mehr „zu thun, als ihm lieb ist. Es kann daher nur gewünscht werden, daß ihm dieser betrübte prosaische Gegenstand möglichst „erleichtert werde. Und dies ist der erreichte Zweck des vorliegenden Werkes. Es hat Aehnlichkeit mit dem bekannten Werke „des Verfassers über die preuß. Gebührentaxe. Deklarationen, „Reskripte sind gesammelt, übersichtlich, handlich zusammengestellt, „Tabellen, Register gegeben. **Es kann daher dies seine „Vorgänger** (Leyden, Schmidt 2c.) **übertreffende „Werk angelegentlich empfohlen werden.**“

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,
F. C. Th. Hepp
in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum
in Gießen,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
A. W. Heffter
in Berlin,
C. G. v. Wächter
in Tübingen,
H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1847.
Viertes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1847.

Inhalt.

Erstes Stück.

Zweites Stück.

Drittes Stück.

Viertes Stück.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1847. Viertes Stück.

XVI.

Ueber Mißbrauch der Todesstrafe.

Von

Hepp.

§. 1.

Die fortgesetzten Angriffe auf die Todesstrafe [1]) haben, wenn auch zur Zeit nicht die Abschaffung derselben, doch das Gute gewirkt, daß sie die Ueberzeugung der möglichsten Beschränkung dieser Strafe mehr und mehr begründen; denn als die schwerste Strafe ist sie eben deshalb auf die schwersten Verbrechen (deren es nur wenige giebt) zu beschränken, und zugleich steht sie auf der äußersten Gränze der Zulässigkeit, weil sie die geheimnißvollen Fäden zwischen dem Diesseits und dem Jenseits ge-

1) Zuletzt von Carriere und Möllner: Wissenschaft und Leben in Beziehung auf die Todesstrafe, Darmstadt, 1845, und die interessante Schrift von Möllner: Das Verhältniß der Strafgesetzgebung zur Ehre des Staatsbürgers, Frankfurt a/M. 1846.

wir schwätzen von Besserungssystemen, verhandeln über die beste Art, Strafanstalten einzurichten, aber davon haben wir keine Ahnung, was das Pönitentiarsystem fordert, wenn es wirksam seyn soll. Unsere neueren deutschen Strafgesetzbücher enthalten manche Verbesserung, aber glänzende Zeugnisse der Gesetzgebungskunst sind sie noch nicht.

Verbesserungen.

Jahrg. 1846. 4tes Stück:

S. 478 Z. 11 v. o. lies „der" statt „oder"
S. 480 Z. 14 v. o. l. „Alternative" st. „Alternation"
S. 480 Z. 10 v. u. l. „gelegt worden ist" st. „nicht gelegt worden ist"
S. 490 Z. 4 v. o. l. „Definitiv=" st. „Definitions"
S. 494 Z. 12 v. u. l. „nun" st. „um"
S. 494 Z. 2 v. u. l. „verurtheilen" st. „urtheilen"
S. 495 Z. 4 v. o. l. „doch" st. „auch"
S. 495 Z. 12 v. u. l. „nichtige" st. „wichtige"
S. 503 Z. 10 v. o. l. „zur" st. „der"
S. 507 Z. 6. v. o. l. „denn" st. „dann"
S. 515 Z. 9 v. u. l. „tempore" st. „tempora"

Halle,
Gebauer=Schwetschke'sche Buchdruckerei.

Stempelpflichtigkeit der Punktationen; C. Stempel zu Kauf- und Tausch-Verträgen; D. desgl. zu Erbpachts oder Erbzinsverträgen; E. desgl. zu Pachtverträgen; F. desgl. zu Lieferungs- und Entreprise-Verträgen; G. desgl. zu Uebertrags-Verträgen in Westphalen; H. desgl. zu den sonst vorkommenden Verträgen; I. besondere Bestimmungen für die Landestheile, worin französisches oder gemeines Recht gilt. K. Mittheilung der Verträge an andere Behörden.

Beigefügt sind ausführliche Tabellen zur Berechnung der Stempel und ein möglichst vollständiges alphabetisches, sowie ein übersichtliches Sachregister.

In einer Recension des Herrn Justizraths Sommer (Arnsb. Archiv für Preuß. Recht XII. 4.) heißt es:

„Der praktische preuß. Jurist hat mit dem Stempelgesetze mehr „zu thun, als ihm lieb ist. Es kann daher nur gewünscht werden, daß ihm dieser betrübte prosaische Gegenstand möglichst „erleichtert werde. Und dies ist der erreichte Zweck des vorliegenden Werkes. Es hat Aehnlichkeit mit dem bekannten Werke „des Verfassers über die preuß. Gebührentaxe. Deklarationen, „Reskripte sind gesammelt, übersichtlich, handlich zusammengestellt, „Tabellen, Register gegeben. **Es kann daher dies seine „Vorgänger** (Leyden, Schmidt ꝛc.) **übertreffende „Werk angelegentlich empfohlen werden.**"



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

F. C. Th. Hepp
in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

A. W. Heffter
in Berlin,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1847.
Viertes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1847.

Inhalt.

Erstes Stück.

Zweites Stück.

Drittes Stück.

Viertes Stück.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1847. Viertes Stück.

XVI.

Ueber Mißbrauch der Todesstrafe.

Von

Hepp.

§. 1.

Die fortgesetzten Angriffe auf die Todesstrafe [1]) haben, wenn auch zur Zeit nicht die Abschaffung derselben, doch das Gute gewirkt, daß sie die Ueberzeugung der möglichsten Beschränkung dieser Strafe mehr und mehr begründen; denn als die schwerste Strafe ist sie eben deshalb auf die schwersten Verbrechen (deren es nur wenige giebt) zu beschränken, und zugleich steht sie auf der äußersten Gränze der Zulässigkeit, weil sie die geheimnißvollen Fäden zwischen dem Diesseits und dem Jenseits ge-

1) Zuletzt von Carriere und Möllner: Wissenschaft und Leben in Beziehung auf die Todesstrafe, Darmstadt, 1845, und die interessante Schrift von Möllner: Das Verhältniß der Strafgesetzgebung zur Ehre des Staatsbürgers, Frankfurt a/M. 1846.

waltsam zerreißt *). Nur der Abschreckungsgesetzgeber steht dieser Erkenntniß noch fern, weil er Recht, Moral und Religion nicht an sich, sondern nur innerhalb der Gränzen der Criminalpolitik (des Nützlichkeitsprincips) anerkennt. Daher findet sich auch bei solchen Gesetzgebern, selbst in den neuesten Legislationen, der größte Mißbrauch mit der Androhung der Todesstrafe, ungeachtet schon Franklin sagt: „straft der Gesetzgeber das Verbrechen über das Maaß der Verschuldung hinaus, so begeht er selber ein Verbrechen an dem Verbrecher; ist es daher die Todesstrafe, mit welcher er Mißbrauch treibt, so ist er ein Mörder desselben."

Zur vollständigen Aufklärung der Sache ist es indeß nöthig, im Einzelnen auf die Quellen hinzuweisen, aus welchen diese Mißbräuche entspringen. Denn sie beruhen nicht blos, oder auch nur vorzugsweise, auf willkürlicher Bedrohung von Nicht-Capitalverbrechen (d. h. solchen, die es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht sind) mit der Todesstrafe, sondern außerdem auf mannigfachen andern, zum Theil mehr versteckt liegenden Gründen. Diese Gründe zusammenzustellen und zu beleuchten, wird die Aufgabe der gegenwär-

---

*) Wer an kein Jenseits glaubt, wie der moderne Pantheist, ist freilich über diesen Zweifel hinaus. Aber auch der Christ kann die Todesstrafe aus diesem Grunde nicht verwerfen. Vergl. des Verfs. Strafrechtssysteme, Th. 3 S. 795, 549, Th. 1 S. 331 fg. „Der Tod ist der Sünden Sold, hat aber seinen Stachel verloren" paßt auch hier vollkommen. Darin stimmen also der Pantheist und der Christ mit einander überein. Allein jener raubt dem Verbrecher Zeitlichkeit und Ewigkeit — also Alles —, dieser nur die Zeitlichkeit. Doch soll, wie man in mehreren Aufsätzen in Demme's Annalen, namentlich von Doctoren der Theologie, lesen kann (vergl. Berner, über die Theilnahme am Verbr. S. 408—411 Anm.), das evangelische Glaubensbekenntniß eine der fruchtbarsten und furchtbarsten Quellen von Verbrechen seyn. Vor der Hand fehlt es aber noch an einer Glaubens- und Unglaubens-Criminalstatistik, als daß der dort gewarnte Criminalgesetzgeber diese Warnung berücksichtigen könnte.

tigen Abhandlung seyn, und daraus wird man nicht nur erkennen, was Mißbrauch der Todesstrafe sey, und weil der gerechte Gesetzgeber denselben vermeiden könne; sondern auch, daß es den Vertheidigern der Todesstrafe eine wahre Gewissenssache sey, gegen die, zur Zeit noch so reichen Mißbräuche derselben öffentlich aufzutreten.

Als Gründe dieses Mißbrauchs der Todesstrafe lassen sich vornehmlich folgende angeben:

1) wenn der Gesetzgeber Nichtcapitalverbrechen mit dem Tode bedroht;

2) wenn er zum Thatbestande, insbesondere zur Consummation der mit dem Tode bedrohten Verbrechen möglichst wenig verlangt, weil dann diese Strafe viel zu leicht verwirkt ist;

3) wenn er nur wenige allgemeine, und bei den für Capitalverbrechen erklärten Uebertretungen nur wenige, vielleicht gar keine, besondere Milderungsgründe der Strafe anerkennt, weil der Richter dadurch zu oft genöthigt wird, ungerecht auf Todesstrafe zu erkennen;

4) wenn der Gesetzgeber die Todesstrafe für solche Uebertretungen (und je mehrere ihrer sind) immer absolut, also niemals alternativ androht, wodurch der gleiche Uebelstand begründet wird;

5) wenn er Gattungsverbrechen, oder einen Inbegriff der verschiedenartigsten, eben daher auf verschiedener Stufe der Strafbarkeit stehenden Fälle durchgreifend mit dem Tode bedroht;

6) wenn er den Thatbestand eines Capitalverbrechens schwankend, d. h. in der Weise bestimmt, daß dasselbe so gut in einem weiteren, wie in einem engeren Sinne von dem Richter aufgefaßt werden kann;

7) wenn der Gesetzgeber über Complott, Beihülfe (insbesondere über Haupthülfe), Anstiftung, und unbestimmten *dolus* (dolus indeterminatus) durchgreifende Normen aufstellt, weil diese, je zahlreicher die Capitalverbrechen sind, um so ungerechter wirken [3]);

8) wenn er wegen Schwierigkeit des Beweises (also zur Erleichterung der Gerichte) durchgreifende Normen aufstellt, welche vorzugsweise auf Capitalverbrechen Anwendung finden; endlich

9) wenn er hinsichtlich der Verurtheilungen zum Tode, also in processualischer Hinsicht, keine weiteren Garantieen als bei Verurtheilungen zu jeder, auch geringfügigen Strafe giebt, oder wenn die gegebenen nicht ausreichen.

Alle diese Quellen von Mißbräuchen der Todesstrafe finden sich auf eine wahrhaft erschreckende Weise in den neuen württemb. Gesetzgebungen (Str. G. B. u. Str. Pr. O.) vor, und die Darlegung dieser Gründe wird den Gesetzgeber, wenn es ihm ernstlich darum zu thun ist, den Standpunkt des Abschreckungsprincips mit dem

3) Bildet man gar aus der luxuria (Frevelhaftigkeit, bewußten Fahrlässigkeit) — in Verbindung mit impetus — einen dolus *indirectus*, wie es neuerdings Köstlin gethan hat, so steht es noch schlimmer. Denn wenngleich dieser s. g. dolus indirectus dem dolus praemeditatus entgegensteht, so giebt es, wie sich weiter unten ergeben wird, viele Capitalverbrechen, zu deren Thatbestand nicht nothwendig dolus praemeditatus erfordert wird, sondern Vorsatz überhaupt genügt, also jetzt auch *luxuria* (als Unterart des indirecten dolus) genügen würde. Daß aber das gemeine Recht diesen Schuldgrad nicht kenne, haben schon Luden, Mittermaier und Andere nachgewiesen; und daß derselbe auch nicht in den dialectischen Proceß des Gedankens passe, sondern ein willkürliches Einschiebsel in denselben sey, hat Berner in seiner Schrift: Die Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen, 1847, dargethan. Endlich zählt auch das württemb. Str. G. B. Art. 59 Abs. 1 die s. g. luxuria zur Fahrlässigkeit, wie es alle Gesetzgebungen thun.

des Rechtsprincips [4]) zu vertauschen, am sichersten in den Stand setzen, von seinen blutigen Irrthümern abzustehen. Der gleiche Vorwurf trifft das Baier'sche und das Hannover'sche Strafgesetzbuch (vgl. Leonhardt's Commentar &c. Th. 1. Hannover 1846 S. 89), welches letztere freilich unter sehr ungünstigen Conjuncturen (daselbst Vorrede S. V) zu Stande kam [5]).

§. 2.

Fragt man zuerst, welche Verbrechen für Capitalverbrechen erklärt sind (§. 1 Ziff. 1), so ergiebt sich deren eine sehr bedeutende, und zwar größere Zahl, als vom Standpunkte des bisherigen Rechts. Denn, wenn gleich der Kindsmord und der Todtschlag (bei welchem letzteren jedoch bedeutende Ausnahmen bestehen) nicht mehr mit dem Tode bedroht sind, so sind dafür andere Fälle, und zwar reichlich hinzugekommen, welche bisher (vom Standpunkte des gemeinen und partikulären Rechts) nicht mit dem Tode bestraft werden konnten, nämlich gewisse Tödtungen aus culpa dolo determinata und sonstige Concurrenzfälle zweier Nichtcapitalverbrechen. Diejenigen älteren, und zum Theil selbst neueren Capitalgesetze (wie die Verordn. vom J. 1807 und

---

4) Nämlich vom Standpunkte der Vertheidiger der (sparsam anzuwendenden) Todesstrafe. Denn die Gegner derselben wollen hier von einem Rechtsprincipe nichts wissen.

5) Wenn der Verf. früher — aus theoretischen Gründen — den in dem Bauer'schen Entw. v. J. 1830 vorgeschlagenen, aber von der Revisions-Commission gestrichenen Art. 112 mißbilligte, so nimmt er wegen der furchtbaren Strenge des Hannover'schen Str. G. B. diesen Tadel wieder zurück. Durch einen solchen Artikel könnte auch dem württemb. Str. G. B. geholfen werden — und dann hätten wir, wie die Franzosen, einen Code *progressif* (vgl. §. 7). Allein selbst dieser Nothbehelf einer Progression (denn mehr wäre er nicht, und nur eine Halbheit, oder noch weniger als dies) steht nicht einmal zu erwarten.

1812 über Münzfälschung), welche, wenn eine Umgehung der Todesstrafe auf keine Weise möglich war, die Gerichte nöthigten, nur *pro forma* auf diese Strafe zu erkennen, d. h. ohne daß dieselbe jemals vollzogen wurde, können hier natürlich nicht in die Waagschale gelegt werden. Denn die Aufhebung dieser Gesetze heißt nicht die Todesstrafe abschaffen oder beschränken, sondern nur eine Scheindrohung vernichten.

In der „amtlichen Zusammenstellung der Verbrechen und Vergehen, auf welche nach dem Str. G. B. für das Kgr. Württemberg dieselbe Strafe oder dieselbe Strafrahme gesetzt ist" (hinter dem Str. G. B. S. 155 fg.), finden sich 14 Artikel angegeben, in welchen (also vierzehnmal) die Todesstrafe angedroht ist. Allein viele der dort allegirten Artikel enthalten eine Mehrheit von Straffällen, die dort collectiv mit dem Tode bedroht sind. Trennt man diese, zum Zweck der Gewinnung einer vollständigen Uebersicht, von einander, so ergeben sich der Zahl nach weit mehr Capitalverbrechen, und selbst bei dieser Trennung bleiben immer noch (wie z. B. bei jeder der drei Kategorieen des Hochverraths) Collectivfälle übrig, bei welchen eben daher verschiedene Stufen der Strafbarkeit gedacht werden können, die man aber, ohne den Boden einer doch unerschöpflichen Casuistik zu betreten, nicht weiter trennen oder zerlegen kann.

Das württemb. Str. G. B. bedroht demzufolge mit dem Tode:

1) den Hochverrath an dem Staatsoberhaupte in den Fällen des Art. 140 Ziff. 1; Art. 141 Ziff. 1.

2) den Hochverrath an der Selbstständigkeit des Staats in den Fällen des Art. 140 Ziff. 2; Art. 141 Ziff. 1.

3) den Hochverrath an der Staatsverfassung, Art. 140 Ziff. 3; Art. 141 Ziff. 1.

4) Verbrechen gegen die Integrität des deutschen Bundes; Art. 148 Abs. 1.
5) Verbrechen gegen die Verfassung des deutschen Bundes; Art. 148 Abs. 1.
6) Majestätsbeleidigung durch körperliche Mißhandlung; Art. 150 Ziff. 1.
7) die gleiche Handlung, an dem Reichsverweser verübt; Art. 153 in Concurrenz mit Todtschlag; Art. 178 Ziff. 1.
8) Aufruhr.
9) Aufruhr in Concurrenz mit Brandstiftung unter den erschwerenden Umständen des Art. 378 Ziff 1 u. 2; Art. 178 Ziff. 1.
10) Aufruhr in Concurrenz mit Raub unter den erschwerenden Umständen des Art. 312 Ziff. 1; Art. 178 Ziff. 1.
11) Aufruhr in Concurrenz mit Nothzucht unter den erschwerenden Umständen des Art. 295 Ziff. 1; Art. 178 Ziff. 1.
12) Meuterei der Gefangenen in Concurrenz mit Todtschlag; Art. 182.
13) Meuterei in Concurrenz mit Brandstiftung ꝛc. (wie Ziff. 9); Art. 182.
14) Meuterei in Concurrenz mit Raub ꝛc. (wie Ziff. 10); Art. 182.
15) Meuterei in Concurrenz mit Nothzucht ꝛc. (wie Ziff. 11); Art. 182.
16) Mord; Art. 237.
17) Gifttodtschlag (eine Art der Vergiftung); Art. 240.
18) Tödtung durch Gift aus culpa dolo determinata (gleichfalls zur Vergiftung gehörig); Art. 240.
19) bleibende Beschädigung der Gesundheit durch vorsätzliche gemeingefährliche Verbreitung von Gift, wenn

auch ohne animus occidendi (gleichfalls zur Vergiftung gehörig); Art. 241 Abs. 1.

20) Todtschlag, um ein anderes Verbrechen vorzubereiten; Art. 245.

21) Todtschlag, um die Verübung eines andern Verbrechens zu erleichtern; Art. 245.

22) Todtschlag, um sich der Ergreifung über einem Verbrechen zu entziehen; Art. 245.

23) Todtschlag, um ein anderes Verbrechen zu vollenden; Art. 245.

24) wenn ein Unschuldiger auf falsches meineidiges Zeugniß Mehrerer, welche sich zu solchem Zeugnisse mit einander verständigt haben, den Tod erlitten hat; Art. 229 Ziff. 3.

25) wenn der gleiche Erfolg durch (materielle) Fälschung oder Verfälschung einer öffentlichen Urkunde bewirkt wurde; Art. 219 Abs. 4.

26) durch absichtliche Unterdrückung einer öffentlichen Urkunde, Art. 121, in Verbindung mit Art. 219 Abs. 4; oder

27) durch amtliche Täuschung (intellectuelle Fälschung) Art. 419; oder

28) durch Beugung des Rechts, Art. 437.

29) Brandstiftung, wenn durch den Brand ein Mensch getödtet oder lebensgefährlich verwundet wurde, und der Thäter diese Folge vorhersehen konnte; Art. 378 Ziff. *a*.

30) Brandstiftung, wenn dieselbe in der Absicht gestiftet war, damit unter Begünstigung derselben vom Brandstifter oder von Andern ein Mord verübt werde, und zur Begehung dieses Verbrechens wenigstens ein Versuch gemacht worden ist; Art. 378 Ziff. *b*.

Zu dieser großen Zahl von Capitalverbrechen [6]) sollten nach dem Entwurfe der Strafproceß-Ordnung vom J. 1839 (neu redigirt im October 1842) noch sechs weitere Fälle kommen, nämlich, wenn die Voraussetzungen des Standrechts zuträfen: 1) Aufruhr; 2) Beihülfe zu demselben; 3) Brandstiftung; 4) Beihülfe dazu; 5) Raub; und 6) Beihülfe zu demselben. — Alles in Form einer summarischen Verurtheilung binnen 24 Stunden zum Tode, ohne Defension, Recurs und Begnadigung, und auf blos moralische Ueberzeugung des Richters, wogegen sich aber die K. d. A. auf das entschiedenste erklärte. Vgl. Jagemann's rc. Zeitschrift für Strafproceß, Jahrg. 1846 S. 234—246.

Somit verblieb es bei jenen 30 oder vielmehr 33 Special- und Collectiv-Capitalfällen, deren rechtliche Beurtheilung uns nunmehr nach dem im §. 1 gegebenen Maaßstabe obliegt.

§. 3.

Wir heben mit den drei Kategorieen des Hochverraths an (§. 2 Ziff. 1—3), von welchen jede einen besonderen Kreis von Fällen in sich begreift, welche auf sehr verschiedener Stufe der Strafbarkeit stehen können, und gleichwohl unbedingt mit dem Tode bedroht sind, während diese Strafe nur für die schwersten Fälle gerechtfertigt wird.

Dieses Bedenken steigert sich, wenn man den, allen drei Kategorieen gemeinschaftlichen Thatbestand dieses Verbrechens ins Auge faßt [7]).

---

6) Nach §. 6 a. E. und §. 9 sind es genauer drei und dreißig Fälle. Denn Ziff. 19 enthält zwei Fälle, Conat der Vergiftung, und Körperverletzung durch Gift; und ebenso Ziff. 29 Brandstiftung in Concurrenz mit culposer Tödtung, und in Concurrenz mit lebensgefährlicher Verwundung, welche sämmtlich gleichmäßig mit dem Tode bedroht sind.

7) *Vgl. des Verfs.* Staatsverbrechen rc. §. 4 fg.

Nach diesem kann 1) Subject des Hochverraths unbedingt schon ein Einzelner seyn; und ist 2) Object desselben nicht blos der einheimische Staat in seinen drei Fundamentaleinrichtungen, sondern auch jeder fremde Staat, mit welchem (was man sich hinzudenken muß) der württemb. Staat in völkerrechtlicher Beziehung steht, was z. B. von China und Japan, von Brasilien und andern überseeischen Staaten nicht gilt. Endlich 3) genügt in allen Fällen (bei allen drei Kategorieen) zur Consummation schon ein Angriff oder — nach einer willkürlich gewählten Ausdrucksweise) — eine Verschwörung; mit a. W.: ein, wenn auch nur von einem Einzelnen begonnener, mithin als erfolglos vorausgesetzter Angriff, oder, ohne solchen, ein zur Ausführung (zum unmittelbaren Ausbruch) reifes Complott — nur, daß der durch bloße Verschwörung consummirte Hochverrath nicht mit der Todesstrafe bedroht ist, also an sich nicht hieher gehört. Nun reicht zwar schon ein Einzelner vollkommen hin, um einen Hochverrath an der Person des Staatsoberhaupts (erste Kategorie) zu begehen, und hier kann man eben daher auch sagen, daß zu einer Verschwörung schon zwei Personen genügen (Art. 140 Schlußsatz). Allein wie läßt sich dies vernünftigerweise von dem Angriff Eines, oder zweier Complottanten auf die Selbstständigkeit des Staats, oder auf dessen Verfassung (zweite und dritte Kategorie) behaupten, was gleichwohl von den Gerichten mit dem Tode bestraft werden müßte [8]). Man kann hier selbst Mehrere setzen, und

8) Berner a. a. O. S. 480 sagt freilich wieder: „zur Eingehung eines Complotts genügen (immer) schon zwei Personen, weil die Vereinigung ihrem Begriffe nach nur einer Zweiheit bedarf, und nur eine einfache Duplicität der Wechselwirkung wesentlich ist.“ So werden Menschen, die den Tod nicht verdient haben, wenigstens begriffsmäßig zum Tode verurtheilt und hingerichtet, und müssen diesen dialectischen Trost mit in die andere Welt hinüber nehmen.

wird gleichwohl die absolute Androhung der Todesstrafe für diese Fälle mißbilligen müssen. Denn zur blutigen Strafe des Hochverraths kann nicht die hochverrätherische Absicht, welche sich durch irgend einen, wenn auch noch so ungefährlichen, vielleicht abenteuerlichen, ja lächerlichen Angriff kund gegeben hat, ausreichen; sondern es muß, wenn die Todesstrafe gerechtfertigt seyn soll, zur Hostilität der Gesinnung Hostilität der That, d. h. ein gefährlicher Angriff auf die Selbstständigkeit des Staats oder dessen Verfassung hinzukommen. Insbesondere aber, was heißt ein zur Consummation genügender Angriff auf die Verfassung des Staats? Wie viele, ganz unschädliche Angriffe können nicht auch hier gedacht werden! und wie schwer hält es auch nur, solche Angriffe von bloßen (vorsätzlichen) Verfassungsverletzungen, die nicht unter diesen Begriff fallen, zu unterscheiden! Hiezu kommt, daß als Mittel des Hochverraths nicht einmal nothwendig Gewalt vorausgesetzt wird, sondern Angriffe, und zwar oft weit gefährlichere, auch durch List und Betrug möglich sind, solche aber auch ganz ungefährlich seyn können.

Eben so verfällt der Unterthan unbedingt der Todesstrafe, wenn er im Auslande an einem (vielleicht ganz ungefährlichen, ja abenteuerlichen) hochverrätherischen Angriff auf einen fremden Staat Theil genommen hat, und ungestraft in die Heimath zurückkehrt. Blos völkerrechtliche Rücksichten können aber, selbst bei gefährlichen Angriffen auf fremde Staaten, niemals die rechtliche Wirkung haben, fremde Mächte unter denselben absoluten Rechtsschutz wie den einheimischen Staat zu stellen. Weiß doch der Unterthan, zu welchen fortwährenden kleineren und größeren Intriguen, Reibungen und Spannungen das Nebeneinanderbestehen unabhängiger Staaten führt, und daß es mit ihrer Freundschaft oft nicht weiter her ist, als mit der

Verwandtschaft der Reisenden zu dem „Schwager" genannten Postillon! Gleichwohl soll der Unterthan jeden fremden Staat, auf welchen hochverrätherische Angriffe geschehen, ganz so wie den seinigen betrachten, und wird dabei oft nicht einmal im Stande seyn, zwischen Todesstrafe und Straflosigkeit zu unterscheiden, weil er nicht weiß, ob der fremde Staat, gegen den auch er feindselig aufzutreten willens ist, wegen der bestehenden völkerrechtlichen Beziehungen unter dem Schutze des württemb. Strafgesetzbuchs steht, oder wegen des, an sich zufälligen, Gegentheils nicht? Einige neuere Gesetzgebungen, z. B. das Sächsische und das Baden'sche Str. G. B. haben sich hier, auch wenn es sich von einem Bundesstaate handelt, für das richtige Princip entschieden. Was thut aber das württemb. Str. G. B.? Statt diesem guten Beispiele zu folgen, übt es (Art. 5) dagegen Retorsion aus. „Schützest du den württemb. Staat nicht durch Todes- sondern nur durch Zuchthausstrafe, so gewähren auch wir deinem Staat [9]) nur einen solchen halben Rechtsschutz." Ja es geht noch weiter. Es erklärt Angriffe auf fremde Staaten durch seine Unterthanen für straflos, wenn jene den württemb. Staat gegen Angriffe ihrer Unterthanen nicht schützen (Art. 3 Ziff. 2). Also: Schutzlosigkeit gegen Schutzlosigkeit, halber Schutz gegen halben! Man muthet aber doch den Unterthanen zu viel zu, wenn sie dies capiren, und sich danach durch die Furcht vor der Todesstrafe bald abschrecken lassen sollen, bald nicht abschrecken zu lassen brauchen. Denn, daß es hier ganz besonders auf Abschreckung

---

9) Der ja auch gar nicht mehr verlangt, so daß die Retorsion ihrer Wirkung nach gar keine ist. Man gewinnt damit einen neuen völkerrechtlichen Begriff von Retorsion, *welcher* ganz unschädlich ist.

abgesehen sey, kann nach den Aeußerungen der Regierungsorgane in der K. d. A. nicht bezweifelt werden.

Verbindet man damit, daß das Str. G. B., indem es gleichmäßig die leichtesten und schwersten Fälle unbedingt mit dem Tode bedroht, nicht einmal zwischen Prämeditation und Affect (welcher letztere doch bei anderen schweren Verbrechen, namentlich als gerechter Affect, als ein sehr bedeutender Strafmilderungsgrund anerkannt ist) unterscheidet; daß es hier ferner auf den Unterschied zwischen bestimmtem und unbestimmtem dolus (dolus indeterminatus) nicht ankommt, Art. 57; daß den Anstifter und den Hauptgehülfen bei der That ganz die gleiche Strafe (hier Todesstrafe), wie den Urheber, trifft, Art. 74, 75; endlich daß alle Complottanten, wenn sie an dem erfolglosen Angriff auch nur den entferntesten unmittelbaren Antheil nahmen, ja nur bei dem Angriff zugegen waren, Art. 79[10]), die

10) Dies ist für Berner a. a. O. S. 426, 428 u. 463 fg. noch eine zu große Beschränkung. Er läßt denjenigen, welcher an der Beschlußnahme zur Ausführung Theil nahm (was aber bei gewöhnlichen Complotten mit dem ersten Stadium — der bloßen Vereinigung — zusammenfällt), auch dann die volle Strafe erleiden, wenn er ausdrücklich erklärt hatte, an der Ausführung keinen Theil nehmen, und daher zu Hause bleiben zu wollen, weil mit jenem (dem zweiten) Stadium des Complotts jeder einzelne Wille zu einem Gesammtwillen werde, mithin der Erfolg ein Gesammterfolg sey, kurz, jeder Complottant im Namen des Ganzen handle. Dies ist allerdings richtig, wenn Einer den besonderen Auftrag erhält, im Namen Aller das Verbrechen auszuführen; sonst aber handelt (beim dritten Stadium) jeder Complottant zunächst für sich, und unterstützt nur die Uebrigen durch seine Thätigkeit, ist daher Urheber und Gehülfe zugleich, ohne daß durch das zweite Stadium (die Planfassung) eine wechselseitige Anstiftung begründet wird, weil man einen ganz andern Begriff von der Anstiftung zur Urheberschaft aufstellen müßte, um einen (durch das erste Stadium) schon Entschlossenen noch anstiften zu können. Ist aber nur Anstiftung zur Beihülfe gemeint, so kann der an der Ausführung des Plans nicht Theilnehmende nur wegen intellectueller Beihülfe (moralischer Bestärkung des fremden verbrecheri-

Todesstrafe trifft: so muß man über den Mißbrauch, welcher hier mit der absoluten Androhung dieser Strafe, in diesem außerordentlichen Umfange und nach allen Seiten hin, getrieben ist, wahrhaft erschrecken. Und nun gar bei solchen Duodez-Verbrechen consummirter Hochverrathe, wie sie nach dem Obigen hier vorliegen können! Soll der Hochverrath ein Capitalverbrechen seyn, so bedarf es einer bedeutenden Beschränkung seines viel zu weiten Umfanges; oder will man den Begriff und Umfang desselben nicht beschränken, so darf nur für die äußersten Fälle Todesstrafe angedroht werden. Unsere Abschreckungsgesetzgeber würden dann zwar meinen, daß dies — eine „gesetzliche Aufmunterung" zum Hochverrathe werde, und dieser dadurch seinen Charakter als das schwerste Verbrechen (als parricidium patriae, wie es Cicero nennt) verlieren würde. Allein Jedermann weiß, daß derselbe gerade umgekehrt durch die vielen unbedeutenden Untersuchungen, welche in mehreren deutschen Staaten hierüber Statt hatten, eine gewisse Abnutzung in den Augen des Publicums erhalten hat, welches nicht begreifen kann, daß schon die ersten unbedeutenden Anfänge als ein besonders schweres Verbrechen angesehen werden sollen.

---

schen Entschlusses) bestraft werden. Wenn selbst der Abschreckungsgesetzgeber vor den Consequenzen eines Princips, namentlich bei Capitalverbrechen, erschrecken muß, und daher lieber inconsequent wird, so weist dies unzweifelhaft auf die Unrichtigkeit des von ihm befolgten Princips hin; denn die Gerechtigkeit kann vor der richtigen Anwendung eines gerechten Princips niemals erschrecken. Der Proceß des Gedankens, als eine blos dialectische Form, kann überhaupt nur formale Resultate gewähren, muß es daher dem Zufall überlassen, ob sie materiell gerecht oder ungerecht ausfallen; ja selbst diese formalen Resultate werden (wie schon die Erfahrung lehrt) immer verschieden ausfallen, weil, statt der s. g. Selbstentwickelung des Gedankens, es vielmehr der Dialectiker ist, welcher diese Entwickelung — bald so, bald anders vor sich gehen läßt.

Es würde zu weit führen, den zu weiten Umfang bei jeder der drei Kategorieen des Hochverraths, für welchen im Falle des (vereitelten) Angriffs Todesstrafe angedroht ist, im Einzelnen nachzuweisen, indem des Stoffes für diese Abhandlung ohnehin fast zu viel ist. Auch dürften die obigen, über den gemeinschaftlichen Thatbestand derselben gegebenen Andeutungen für die Ueberzeugung genügen, daß hier Mißbrauch mit der Todesstrafe getrieben ist, und der Gesetzgeber seinen Zweck, hier durch unverhältnißmäßige (ungerechte) Strafdrohungen abzuschrecken, am wenigsten erreicht.

Die Nothwendigkeit der Beschränkung der Todesstrafe beim Hochverrath hat schon Mittermaier in Hitzig's Zeitschrift Th. VII S. 339 und in diesem Archiv 1835 S. 190 richtig ausgesprochen, und auswärtige Schriftsteller, z. B. Guizot und Haus (bei Mittermaier Note II. zu Feuerbach §. 169) haben sich — wohl nicht mit Unrecht —, gegen Todesstrafe bei politischen Verbrechen überhaupt, gewisse Ausnahmen abgerechnet, erklärt. In der württemb. K. d. A. kam jene Frage gleichfalls zur Sprache (Commentar II. S. 108 — 112 u. S. 42); aber ohne Erfolg. In dem Baden'schen Str. G. B. Art. 590, 591, und in dem Braunschweig'schen Art. 81 vergl. mit Art. 62 finden sich dagegen schon bedeutende Beschränkungen der Todesstrafe ausgesprochen, womit jedenfalls ein guter Anfang gemacht ist.

Da ein Hochverrath an dem deutschen Bunde nicht möglich ist, und bei ihm auch nur zwei Seiten des Angriffs, nämlich auf seine Integrität und auf seine Verfassung, gedacht werden können (denn ein Staatsoberhaupt giebt es hier nicht): so beschränkt der Art. 148 die für s. g. „Verbrechen gegen den deutschen Bund" absolut angedrohte Todesstrafe auf jene zwei Kategorieen (§. 2 Ziff. 4 u. 5). Zwar hätte dieser

Artikel entbehrt werden können, weil schon nach §. 3 der Verfassungs-Urkunde dergleichen Angriffe als Hochverrath an der Verfassung des Königreichs (Art. 140 Ziff. 3) zu bestrafen wären. Allein der deutsche Bund wünschte die Aufnahme einer besonderen Bestimmung hierüber in den Strafgesetzgebungen der einzelnen Bundesstaaten (vgl. Staatsverbrechen rc. S. 44), und deshalb findet man hier dieses Verbrechen als selbstständigen Capitalfall aufgeführt. Läßt sich aber nach dem Obigen die Androhung der Todesstrafe für alle (erfolglosen) Angriffe gegen die Verfassung nicht rechtfertigen, so gilt dies auch von diesen, dazu gehörigen Fällen. Denn man kann sich darunter die ungefährlichsten, wie die gefährlichsten Angriffe denken. Kurz, man steht hier auf dem Boden eines Gattungsverbrechens, für welches Todesstrafe im Bausch und Bogen niemals zu rechtfertigen ist.

Hieran schließt sich (§. 2 Ziff. 6) Majestätsbeleidigung durch körperliche Mißhandlungen. Da hiefür absolut Todesstrafe angedroht ist, so hätte es jedenfalls (§. 1 Ziff. 6) einer genaueren Bestimmung des besonderen Thatbestandes dieses Falles bedurft. Zwar wurde darauf auch in der K. d. A. gedrungen; allein man meinte, daß der Gegenstand „von so delicater Art sey, daß eine Discussion darüber nicht am Platz wäre." Durch diese Delicatesse, wurde zwar entgegnet, könne man um den Kopf kommen; allein die Sache blieb gleichwohl auf sich beruhen (Comment. II. S. 326—27). Was heißt aber Mißhandlung? In den Motiven zu Art. 243 fg. des Entw. von Körperverletzungen S. 225 werden die Ausdrücke: Körperverletzung, Beschädigung und Mißhandlung als gleichbedeutend gebraucht. Mithin wäre hier unter Mißhandlung jede, auch noch so leichte Körperverletzung, welche nur mehr als bloße Real-

injurie wäre, zu verstehen; und in diesem Sinne sprachen sich auch die Commission der K. d. A. und der Departementschef bei dem Art. 150 von der Majestätsbeleidigung aus. Ist dies gemeint, so wird man ohne Verletzung der schuldigen Ehrfurcht und Delicatesse sich über einen ungeheuern Mißbrauch der Todesstrafe beschweren müssen, zumal auch hier (denn bei aller Hoheit ist und bleibt der Regent immer Mensch) ein gerechter Affect gedacht werden kann, welcher die traurige Quelle eines solchen Attentats war. Setzt nun dieser bei andern schweren Verbrechen den Grad der Strafbarkeit sehr bedeutend herab (z. B. Art. 243 Abs. 2, Art. 174 Abs. 1, 162 Ziff. 4), so kann auch die verfassungsmäßige Heiligkeit und Unverletzlichkeit des Regenten nicht gegen die Anwendung dieses Rechtsprincips schützen. Sonst müßte man z. B. auch das Recht der Nothwehr gegenüber von dem Regenten läugnen, was doch in der K. d. A. als außer Zweifel bestehendes Recht anerkannt wurde.

Indeß kommt der Ausdruck „Mißhandlung" in dem Kapitel von den Körperverletzungen in einem doppelten Sinne vor, theils im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs für schwere Körperverletzung, Art. 260 Ziff. 2 (in Ziff. 1 u. 2 wird dort auch der Verletzte „der Mißhandelte" genannt, in Ziff. 3 u. 4 aber nur der „Verletzte"); theils im weiteren Sinne als gleichbedeutend mit Körperletzung überhaupt, Art. 247; endlich in einem noch weiteren Sinne, z. B. bei Einsperrung in gesundheitsschädliche Locale, im Art. 275. (Vgl. Comment. III. S. 345.) Unter diesen Umständen wird man zwar nach der Rechtsregel: in dubio in mitius, bei der Majestätsbeleidigung, als einem absolut mit dem Tode bedrohten Falle (Art. 150), nur schwere Körperverletzungen im Auge haben; aber ob alle Fälle des Art. 260 gemeint sind, oder nur die schwersten Fälle desselben in Ziff. 1

u. 2, wo allein der Ausdruck Mißhandlung gebraucht wird, ist wiederum zweifelhaft. Doch wird man ersteres anzunehmen haben, weil sonst, wie in andern Artikeln (z. B. Art. 255 Ziff. 2, 269, 241, 378, 312 fg.) von dauernder Beschädigung der Gesundheit, oder lebensgefährlicher Verletzung die Rede hätte seyn müssen.

Am einleuchtendsten wird die Sache, wenn man folgende Parallele zieht.

Ist unter Mißhandlung jede Körperverletzung gemeint, so würden auf der verschiedensten Stufe der Strafbarkeit stehende Handlungen, welche das Str. G. B. in einer Reihe casuistischer Artikel (Art. 260—265) sonst mit Zuchthaus bis zu 20 Jahren, als Maximum, und Bezirksgefängniß bis zu 24 Stunden, unter Umständen nur mit Geldstrafe, als Minimum, bedroht, — hier absolut mit dem Tode bedroht seyn. Die Unverletzlichkeit der Person des Regenten darf aber bei geringen Verletzungen nicht höher gestellt werden, als die Unverletzlichkeit des, von Rechtswegen nicht verwirkten Lebens der Unterthanen.

Oder es sind nur schwere Körperverletzungen gemeint, dann würden gleichfalls auf der verschiedensten Stufe der Strafbarkeit stehende Handlungen, welche das Str. G. B. (Art. 260 u. 263) sonst mit Zuchthaus bis zu 20 Jahren, als Maximum, und (für den Fall des Affects) mit Gefängniß von 14 Tagen, ja (bei gerechtem Affect) nur mit 7 Tagen Gefängniß als Minimum bedroht, — hier absolut mit dem Tode bedroht seyn. Hier ist das Mißverhältniß zwar nicht so groß, wie dort; allein immer noch groß genug, um die Todesstrafe in diesem Umfange für rechtswidrig zu erklären.

Hieraus ergiebt sich die Wahrheit des Satzes: Todesstrafe darf niemals für Collectivfälle angedroht

werden (§. 1 Ziff. 5), noch darf der Thatbestand des Falles, für welchen dieselbe angedroht wird, unbestimmt oder zweifelhaft gelassen werden (§. 1 Ziff. 6). Endlich sollte nach Analogie anderer Verbrechen die Todesstrafe hier auf Vorbedacht (dolus praemeditatus) beschränkt werden.

Hat nun das Str. G. B. in allen diesen Beziehungen gefehlt, so fehlt es abermals darin, daß es die gleichen Handlungen an der Person des Reichsverwesers verübt (§. 2 Ziff. 7), eben so absolut mit dem Tode bedroht.

Hiezu kommt noch, daß es sich hier nicht blos von einer einmaligen, sondern öfter von einer mehrmaligen Anwendung der Todesstrafe gegen verschiedene Subjecte, als Theilnehmer an dem Verbrechen, handeln kann, indem Anstifter, Hauptgehülfen bei der That, und auch nur zugegen gewesene Complottanten nach Art. 74, 75, 79 immer der Todesstrafe verfallen; endlich zwischen dolus determinatus und indeterminatus nach Art. 57 kein Unterschied besteht. Dagegen bestimmt z. B. das Braunschweig'sche Str. G. B. Art. 90, daß thätliche Beleidigungen des Staatsoberhaupts außer dem Hochverrath (also Majestätsverbrechen) im Falle des dolus *praemeditatus* mit lebenslänglicher, in anderen Fällen mit zeitlicher Kettenstrafe nicht unter 10 Jahren belegt werden sollen. Auch das Baden'sche Str. G. B. droht je nach den Umständen zeitliches Zuchthaus nicht unter 10 Jahren, lebenslängliches Zuchthaus, und (bei schweren Verletzungen dolo *praemeditato*) Todesstrafe an; das Sächsische Str. G. B. hingegen nur zeitliche bis lebenslängliche Zuchthausstrafe, und mehr sollte ein weiser Regent selbst nicht wünschen, zumal dergleichen Fälle doch nur auf dem Papiere stehen.

§. 4.

Wir gehen nunmehr zu einer andern Kategorie von Capitalverbrechen über, bei welcher sich nicht minder Mißbräuche mit der Androhung der Todesstrafe nachweisen lassen.

Das gemeine Recht (Doctrin und Praxis) ging seither immer von dem Satze aus, daß der Zusammenfluß mehrerer Verbrechen, von welchen keines gesetzlich mit dem Tode bedroht sey, den Richter niemals autorisire, auf Todesstrafe überzugehen. Wenn also z. B. zehn Verbrechen, von denen jedes nach der Ansicht des Gerichts lebenslängliche Zuchthausstrafe verdiente, in der Person des nämlichen Verbrechers zusammentrafen, so konnte er nur (einmal) mit lebenslänglichem Zuchthause belegt werden, etwa unter Anwendung dieser oder jener Verschärfungen. Dies läßt sich eben so vollständig rechtfertigen, wie der Satz, daß ein Zusammentreffen mehrerer nicht entehrender Freiheitsstrafen niemals den Uebergang zu einer entehrenden Freiheitsstrafe bewirken kann. Denn zunächst vom gesetzlichen Standpunkte ist ein Capitalverbrechen nur dasjenige, welches durch das Gesetz mit Todesstrafe bedroht ist; nirgends haben aber die Gesetze der Concurrenz von Nichtcapitalverbrechen die Folge beigelegt, daß diese dadurch — man weiß selbst nicht wie — zusammengenommen zu einem Capitalverbrechen werden. Eben so verhält es sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Denn jedes Verbrechen trägt den ihm zukommenden Maaßstab in sich, und dieser kann durch den zufälligen Umstand der Concurrenz so vieler Freiheitsstrafen, daß sie über die Lebensdauer des Verbrechers hinausgehen, oder allgemeiner ausgedrückt durch die Incompatibilität der Strafen, nicht geändert werden, sondern hier werden und müssen Gesetzgeber, Richter und

Volk zu der Ueberzeugung gelangen, daß es, wie auch sonst öfter der Fall ist, der irdischen Strafbehörde nicht gegeben sey, gegen solche Verbrecher die volle verdiente Strafe zu verhängen. Wer z. B. zehn Mordthaten verübt hat, kann immer nur einmal hingerichtet werden; und eben so, wer zehn mit zeitlichem Zuchthaus bedrohte Verbrechen, welche zusammengerechnet über 100 Jahre betragen würden, oder wer zehn Verbrechen, für deren jedes er lebenslängliche Freiheitsberaubung verdiente, verübt hat, kann immer nur einmal zu lebenslänglichem Zuchthause verurtheilt werden. Das übrige muß man ihm, im Vertrauen auf eine göttliche Vergeltung, für dieses Erdenleben erlassen, wenn nicht die Strafgerechtigkeit in Ungerechtigkeit oder Barbarei ausarten soll.

Das würtemb. Str. G. B. hat auch dieses Princip vollkommen anerkannt, indem es im Art. 116 Ziff. 3 für den Richter ausspricht: „(der Concurrenz wegen) findet ein Uebergang von lebenslänglichem Zuchthause niemals Statt." Aber das Gesetz hat sich von diesem, nur für den Richter berechneten Principe eine große Reihe von Ausnahmen erlaubt, und dabei den ungeheuern Mißgriff begangen, gerade in den schwersten Fällen, d. h. wenn mehrere (vielleicht zehn) Verbrechen der II. Stufe[11]) concurriren, niemals einen Uebergang zur Todesstrafe zn gestatten, wohl aber in minder schweren Fällen, nämlich wenn nur zwei Verbrechen der III. Stufe[12]) in demselben Angeschuldigten zusammentreffen. Dieser innere Widerspruch reimt sich freilich leicht, wenn man sich auf den Standpunkt des Abschreckungsgesetzgebers stellt, welcher von gewissen Verbrechen

11) So wollen wir der Kürze halber ein mit lebenslänglichem Zuchthause bedrohtes Verbrechen nennen.

12) Verbrechen, deren jedes nur mit zeitlicher Freiheitsstrafe bedroht ist.

besonders abschrecken will, und zu diesem Behuf der Todesstrafe bedarf. Allein diese Strafe ist nicht dazu da, um sich von dem Abschreckungsprincipe beliebig gebrauchen, oder vielmehr mißbrauchen zu lassen.

Welches Verbrechen tritt uns in diesem Sinne hier zunächst entgegen? Es ist das Staatsverbrechen des Aufruhrs, für welches der Entwurf der Strafproceßordnung zur Steigerung der Abschreckung (denn dieses Motiv wurde von der Regierung offen ausgesprochen) gar noch das Standrecht einführen wollte (§. 2 a. E.). Hier kommen in Einer Ziffer des Art. 178 nicht weniger als vier Ausnahmen von dem obigen Principe vor (§. 2 Ziff. 7—11), und diese sind auch auf das neu creirte Verbrechen der Meuterei in den Strafanstalten ausgedehnt worden (§. 2 Ziff. 8—15), so daß uns hier die ersten acht Ausnahmen von der Regel entgegentreten.

Zur gehörigen Beleuchtung derselben gehen wir zunächst auf den Thatbestand des Aufruhrs über, um in Hinblick auf §. 1 Ziff. 1 auch hier nachzuweisen, daß zu diesem Verbrechen, welches durch Concurrenz gewisser anderer Verbrechen, zu einem Capitalverbrechen wird, so wenig vorausgesetzt wird, daß schon aus diesem Grunde allein die Androhung der Todesstrafe zu verwerfen ist. Nach Art. 175 fg. des württ. Str. G. B. gehört nämlich zu einem Aufruhr, unter dem man sich doch allgemein einen schweren Straffall denkt, so wenig, daß der Gesetzgeber besser daran gethan hätte, in solchen Fällen lieber gar nicht von einem Aufruhr zu reden, um nicht (wie schon beim Hochverrathe geschehen) diesen Begriff in der öffentlichen Meinung abzunutzen, ja unter Umständen sogar lächerlich zu machen. Denn im Sinne des Abschreckungsgesetzgebers, welcher das richterliche Ermessen möglichst zu fesseln, und zugleich die Unterthanen von, auch noch so unbedeutenden Attentaten

gegen die Regierungsgewalt wirksam abzuschrecken bezweckt, genügen zu einem Aufruhr schon 10 Personen, wenn solche nur das sechzehnte Lebensalter erreicht haben, dann aber ohne Unterschied des Geschlechts, so daß z. B. (wie in der K. d. A. bemerkt wurde) schon 10 Mädchen von 16 1/2 Jahren in einer Fabrikstadt einen Aufruhr begehen können. Kopfzahl und Taufschein gehören daher wesentlich dazu, um den Richter dieses Verbrechen von andern angränzenden Vergehungen (vgl. Staatsverbrechen ꝛc. S. 207) unterscheiden zu lassen. Eben so leicht wie verübt, ist es zugleich consummirt, nämlich durch die bloße Zusammenrottung in aufrührerischer Absicht, so zwar, daß thätige Reue [13]) ausnahmsweise die gemeinen Theilnehmer straflos macht, die Anstifter und Anführer dagegen auch dann strafbar bleiben. Aber auch jene werden strafbar, wenn sie in dem Ungehorsame beharren. Begeht nun in diesem Stadium des (schon durch 10 Personen über 16 J., ohne Unterschied des Geschlechts, also auch halb männlichen und halb weiblichen Personals) consummirten Aufruhrs einer der Theilnehmer einen Todtschlag, Raub ꝛc., so hat er für diese Concurrenz zweier Nichtcapitalverbrechen unbedingt die Todesstrafe verwirkt — mag auch der Aufruhr an sich noch so ungefährlich gewesen seyn, z. B. als blos von einer Handvoll trotziger Bursche unternommen, wenn sie bei dem Publicum keine Unterstützung fanden, ja dasselbe gar wider sich hatten.

Somit wäre hier vorerst gegen das Princip (§. 1 Ziff. 2) gefehlt, daß ein Capitalverbrechen, sey es an sich ein solches, oder werde es durch Concurrenz gesetzlich geschaffen, zu seinem Thatbestande solcher Merkmale bedarf,

---

13) d. h. freiwilliges Auseinandergehen oder auf Aufforderung der Obrigkeit, ohne daß noch Gewalt an Sachen oder Personen angewendet wurde.

daß die Todesstrafe nicht für schwere und leichte Fälle zugleich verwirkt seyn kann.

Hieran reiht sich der weitere, schon oben berührte Widerspruch, daß eine Concurrenz von noch so vielen Verbrechen II. Stufe niemals einen Uebergang zur Todesstrafe begründen soll — wohl aber schon zwei Verbrechen III. Stufe dazu ausreichen. Um dies zu beweisen, nehmen wir folgende Rechenprobe vor, und zwar mit Rücksicht auf jeden der vier Concurrenzfälle für sich. Also:

1) Concurrenz von Aufruhr mit Todtschlag. Die hier nach Art. 177 [14]) für den Aufruhr an sich, und nach Art. 243 für den Todtschlag an sich verwirkten Strafen wären, wenn der Richter an die Grundsätze von der Concurrenz gewiesen wäre, unter Vorbehalt des mehr oder minder bedeutenden Abzugs, den der Art. 115 gebietet, folgende: a) für den Aufruhr an sich, je nach den Umständen, Arbeitshaus von 1—6 J. (Anstifter und Anführer), von 6 Monaten bis zu 3 J. oder Kreisgefängniß von 6 Monaten bis zu 2 Jahren (bewaffnete Theilnehmer), oder Gefängnißstrafe von 24 Stunden bis zu 8 Monaten (gemeine Theilnehmer) — also, kurz zusammengefaßt, 6 J. Arbeitshaus als Maximum, und 24 Stunden Bezirksgefängniß als Minimum. Hiernach ist der Aufruhr an sich im schwersten Falle nur ein Verbrechen der IV. Stufe (die dritte wäre zeitliches Zuchthaus), und im leichtesten ein Verbrechen der allerniedrigsten Stufe. b) Für den Todtschlag an sich droht der Art. 243 Zuchthaus von 10—25 Jahren, bei gerechtem Affect Zuchthaus von

14) Auch der Art. 176 könnte hinsichtlich der Anstifter ꝛc. in Betracht kommen. Allein es genügt an dem Art. 177.

5—10 J., und in den leichtesten Fällen Kreisgefängniß von 4—6 Jahren. Hiernach ist der Todtschlag je nach den Umständen ein Verbrechen der III. Stufe, aber auch einer mehr untergeordneten Kategorie, und man wird gewiß nicht läugnen können, daß er in dieser letzteren Eigenschaft auch beim Aufruhr vorkommen kann. Denn es wäre eine unrichtige Behauptung, daß derjenige, welcher in re illicita versire, keinen gerechten Affect haben könne! Die unerlaubte Handlung, die Jemand begeht, macht ihn gegenüber von dritten Personen nicht rechtlos, d. h. setzt ihn nicht ihrem Unrechte, als einem angeblichen Rechte, aus, wie schon die Bestrafung des Excesses der Nothwehr ergiebt. Nehmen wir nun die schwersten und die leichtesten Concurrenzfälle des Aufruhrs mit Todtschlag, so ergeben sich für den ersten Fall 6 J. Arbeitshaus und 25 J. Zuchthaus (wobei aber nach Art. 115 1/2 oder gar 3/4 von jener Strafe in Abzug zu nehmen wäre); für den zweiten 24 Stunden Bezirksgefängniß und 6 Jahre Kreisgefängniß (wobei wiederum nach Art. 115 ein, hier freilich bedeutungsloser Abzug von jener Strafe zu machen wäre), und hiefür, so wie für alle dazwischen gelegenen Mittelfälle, welche wohl öfter als die beiden Endpunkte vorliegen werden, ist unbedingt Todesstrafe angedroht, also theils für einen Complex der verschiedenartigsten Fälle (§. 1 Ziff. 5), theils für eine Concurrenz, die bei andern Verbrechen zehnmal schwerer gedacht werden kann, und gleichwohl keinen Uebergang zur Todesstrafe bewirkt, so daß man hier an den Satz: Kleine Diebe hängt man, aber große läßt man laufen, erinnert wird.

2) Concurrenz von Aufruhr mit Brandstiftung unter den erschwerenden Umständen des Art. 378 Ziff. 1 u. 2. Hier beruht

die Verweisung auf Ziff. 1 auf einem Irrthum, weil diese schon für sich allein gewisse Brandstiftungen ausnahmsweise mit dem Tode (vgl. §. 2 Ziff. 29—30) bedroht, man daher nicht sagen kann, daß erst Concurrenz von Aufruhr mit diesen Fällen Todesstrafe begründe. Vielmehr geht hier die an sich verwirkte Strafe des Aufruhrs (Art. 177), als incompatibel mit der anderweitig verwirkten Todesstrafe, nach Art. 118 mit in den Kauf. Oder soll etwa damit ausgedrückt seyn, daß der Aufrührer dann auch für den casuellen Tod eines Menschen, der aus der concurrirenden Brandstiftung entstand, Todesstrafe zu erleiden habe? Dies kann nicht wohl angenommen werden[15]), und somit haben wir uns hier nur an Ziff. 2 des Art. 378, d. h. an die dort angedrohte Zuchthausstrafe von 20 Jahren bis zu lebenslänglichem Zuchthause zu halten. Dies wäre ein Verbrechen der III. bis II. Stufe, und diese Strafe in Concurrenz mit den oben entwickelten, je nach den Umständen sehr verschiedenartigen, und mit Rücksicht auf den Thatbestand des Aufruhrs so leicht verwirkten Strafen des Aufruhrs, — soll wiederum unbedingt zum Tode führen! In dieser Beziehung treffen hier ganz die gleichen Einwendungen wie oben (Ziff. 1) zu, brauchen daher nicht wiederholt zu werden.

3) Aufruhr in Concurrenz mit Raub unter den erschwerenden Umständen des Art. 312 Ziff. 1, also Todesstrafe für den Zusammenfluß der obigen, je nach den Umständen sehr verschiedenen Strafen des Aufruhrs, als dessen Minimum 24 Stun-

---

15) Und doch wurde, wie sich unten (§. 9) ergeben wird, der Art. 378 — auch ohne Concurrenz mit Aufruhr — von den Motiven und Regierungscommissären in der K. d. A. so interpretirt.

den Bezirksgefängniß und als Maximum 6 J. Arbeitshaus bezeichnet wurden, mit lebenslänglichem Zuchthause (Art. 312 Ziff. 1), also einem (aber auch nur Einem) Verbrechen der II. Stufe, während nirgend in dem Str. G. B. der Fall vorkommt, daß zwei- oder drei- oder noch mehrmal in derselben Person zusammentreffende lebenslängliche Zuchthausstrafen einen Uebergang zur Todesstrafe bewirken sollen. Auch hier bedarf es keiner Wiederholung der obigen Einwendungen. Endlich

4) Aufruhr in Concurrenz mit Nothzucht unter den erschwerenden Umständen des Art. 295 Ziff. 1, d. h. wenn ohne die Absicht des Thäters der Tod der genothzüchtigten Person durch die erlittene Mißhandlung verursacht wurde, also bei einer Tödtung aus culpa dolo determinata, wie solche gesetzlich auch beim Raube (Art. 312 Ziff. 1) hervorgehoben ist. Hiefür ist (wie dort) lebenslängliche Zuchthausstrafe angedroht, und diese Strafe in Concurrenz mit den obigen, je nach den Umständen sehr verschiedenen Strafen des Aufruhrs, zum Theil ganz unbedeutender Art, soll auch hier unbedingt den Tod zur Folge haben. Hier treffen ganz die gleichen Einwendungen zu, und man muß sich selbst darüber wundern, wie das Gesetz auf diesen Specialfall verfallen konnte. Denn wenn auch Todtschlag, Raub, und Brandstiftung in dem Gefolge schwerer Aufruhre zu seyn pflegen (aber darum wird ein Aufruhr von 10 Personen über 16 J. noch kein schwerer, daß einer der Theilnehmer ein solches Verbrechen verübt): so lehrt doch die Erfahrung dies nicht auch von der Nothzucht. In dieser Beziehung pflegen Sinn und Gedanken der Aufrührer auf andere Dinge gerichtet zu seyn. Die K. d. A. meinte indeß, daß die Androhung der Todesstrafe hier durch die Consequenz der

Ziff. 1—3 geboten werde, und diese zunächst gelegene Consequenz ist auch allerdings, und zwar um so mehr gegründet, als die Artt. 312 Ziff. 1 vom Raube, und Art. 295 Ziff. 1 von der Nothzucht schon für sich allein nach der Consequenz des Art. 378 Ziff. a. von der Brandstiftung eine Androhung der Todesstrafe erfordert hätten, wovon auch (wie später — §. 9 — ausgeführt werden wird) in der K. d. A. stark die Rede war. Allein man übersah die weiter liegenden Consequenzen, nämlich die Aufhebung der ganzen Regel des Art. 116, wonach der Concurrenz wegen niemals vom Zuchthause (und wäre es noch so oft zeitlebens verwirkt) zur Todesstrafe übergegangen werden darf, und selbst der Art. 60, wonach Tödtung aus culpa dolo determinata nie mit dem Tode bestraft werden darf.

Man könnte einwenden: es handle sich hier ja nur von Ausnahmen von der Regel, und bei diesen könne die Consequenz unmöglich zur vollständigen Aufhebung der Regel selbst führen. Allerdings ist dies gegründet, wenn man Regeln im Auge hat, von welchen sich unter gewissen Voraussetzungen Ausnahmen rechtfertigen lassen, indem diese niemals weiter als jene Voraussetzungen reichen können, und dann Regel und Ausnahme, als gleich gerechtfertigt, neben einander bestehen. Allein es giebt Regeln der Rechtssätze, von welchen sich Ausnahmen niemals rechtfertigen lassen, wie die Principe des Art. 116 Ziff. 3 und des Art. 60, und wenn das Gesetz gleichwohl von ihnen in einer Reihe von Fällen abweicht, so giebt es für die Abgränzung dieser Ausnahmen keine andere Norm als Willkür; diese aber muß sich den Vorwurf der Inconsequenz gefallen lassen. Oder soll man sich etwa dabei *beruhigen*, wenn der Gesetzgeber erklärt: er scheue zwar

nicht den Mißbrauch der Todesstrafe, aber den zu großen Mißbrauch derselben?

Die gleichen vier Ausnahmen bestehen nach dem Obigen (§. 2 Ziff. 12—15) auch bei dem neu geschaffenen Verbrechen der Meuterei unter Strafgefangenen, zu deren Thatbestand noch viel weniger als zu dem des Aufruhrs gehört, so daß die Todesstrafe hier noch leichter eintreten kann; vorausgesetzt daß damit Todtschlag, oder erschwerte Brandstiftung, oder erschwerter Raub, oder gar — man denke! (als ob die Gefangenen dazu Zeit und Lust hätten) — erschwerte Nothzucht concurrirt. Zum Aufruhr gehören denn doch mindestens 10 Personen über 16 Jahre, hier dagegen (Art. 182) genügen schon zwei, wenn auch unter 16 Jahren; dort wird eine öffentliche Zusammenrottung erfordert, hier dagegen reicht schon eine Zusammenrottung in der Ecke des Zimmers in meuterischer Absicht (von nur 2 Personen) hin, um das Verbrechen zu consummiren. Wenn nun diese gegen den Befehl „aus einander zu gehen", im Ungehorsam beharren, und einer derselben, schwer mißhandelt von dem rohen Gefangenwärter, diesen im Zorn todtschlägt, so muß er diese Concurrenz von s. g. Meuterei und Todtschlag mit dem Tode büßen. Man hat hier eben, wie beim Aufruhr, leichte und schwere Fälle ganz gleich behandelt, und für diese unbedingt Todesstrafe angedroht. Da die an sich verwirkten Strafen hier ganz die gleichen sind, wie bei dem Aufruhr [16], so bedarf es hier keiner Wiederholung der obigen Ausführung.

Aber es steht beim Aufruhr, wie bei der Meuterei, in den gedachten Concurrenzfällen nicht blos ein Menschenleben ungerecht (dem Abschreckungsprincipe zu lieb) auf

16) Vgl. Staatsverbrechen rc. S. 238—246 (Thatbestand und Strafe).

dem Spiele, sondern es können wegen Einer That Mehrere gleichzeitig — unbedingt — die Todesstrafe verwirkt haben, indem Anstifter, Hauptgehülfen bei der That, und alle nur bei der That zugegen gewesenen Complottanten ohne Erbarmen dem Tode verfallen sind. Welch' ungeheuere Ausdehnung der Todesstrafe auch hier!

§. 5.

Wir gehen damit auf eine andere Kategorie von Capitalverbrechen über, zunächst auf den Mord (§. 2 Ziff. 16). Diesen bedrohen ohne Unterschied alle Gesetzgebungen mit dem Tode, und ist die Todesstrafe für die (ob- und subjectiv) schwersten Verbrechen gerechtfertigt, so erscheint sie es hier vollkommen. Indeß bemerken die Motive zum Braunschweig'schen Motive (Ausg. von 1840) ganz richtig, „daß, ungeachtet der Mord das schwerste Privatverbrechen, und in sofern die Todesstrafe gerechtfertigt sey, doch die unbedingte Androhung derselben, wie sie sich freilich in allen deutschen Gesetzgebungen finde, das gegen sich habe, was überhaupt allen absoluten Strafen entgegenstehe, und sich auch nicht läugnen lasse, daß selbst dieses schwerste Privatverbrechen unter so erheblich mildernden Umständen verübt werden könne, daß die Todesstrafe auch vor dem Stuhle des Richters, bei Vergleichung der schlimmsten und mildesten Fälle, nicht als ein gerechtes Strafübel erscheine."

Am bedenklichsten wird die absolute Androhung der Todesstrafe dadurch, daß jetzt zwei angränzende (frühere Capital-) Verbrechen nicht mehr mit dem Tode bedroht sind, nämlich der den Mord oft so nahe berührende Todtschlag, und der Kindsmord, welcher letztere in Ermangelung auch nur Eines (mitunter ganz willkürlichen) gesetzlichen Merkmals sogleich in ein

Capitalverbrechen übergeht, so daß der Richter, wenn er ganz ähnliche Fälle nach entgegengesetzten Normen zu beurtheilen genöthigt wird, nur zu oft den Ausspruch thun muß: was dort nicht Todesstrafe verdiene, verdiene es hier auch nicht, und das Gesetz binde ihn (namentlich bei der Gränze zwischen dem Kinds- und dem Verwandtenmorde) nicht nur an willkürliche Unterscheidungen, sondern bleibe auch auf halbem Wege stehen[17])! Und in der That fehlt es bei diesem Stande der Gesetzgebung hier an etwas Vermittelndem, durch dessen Mangel der Richter (besonders wenn er ein Gegner der Todesstrafe überhaupt ist) leicht in die Versuchung geräth, das absolut den Tod androhende Gesetz zu umgehen, indem er bei subjectiv entschuldbaren Fällen des Mordes, wo irgend möglich, eher einen Todtschlag, oder einen Kindsmord, oder einen nach dessen Analogie zu beurtheilenden Fall annehmen, oder endlich dem gesetzlichen Milderungsgrunde der verminderten Zurechnung (Art. 98) eher eine zu große, wenn auch ungebührliche, Ausdehnung geben wird, als daß er sich entschließen könnte, auf die nach seiner Ueberzeugung (absolut und relativ zugleich) unverdiente Todesstrafe zu erkennen. Nicht minder werden auf der andern Seite diejenigen Richter, welche im Allgemeinen zu einer größeren Strenge geneigt sind, bei den nach ihrer Ansicht zu bedeutenden Privilegirungen des Kindsmordes und des Todtschlags (wie solche allerdings auch in vielen Gesetzgebungen vorkommen) sich mehr zu der, wenn auch nach ihrer Ueberzeugung öfter unverdienten Strenge des Mordes hinneigen, also gleichfalls eine vermittelnde Norm vermissen, wie solche der jetzige Stand der Gesetzgebung (d. h. seit der Ausscheidung des Todtschlags und des Kindsmordes) auch unabweislich gebietet.

17) Wie der Verf. in diesem Archiv, Jahrg. 1846. Heft 4 ausführlich nachgewiesen hat.

Dies haben auch diejenigen (leider bis jetzt nur wenigen) deutschen Gesetzgebungen, denen man einen wahren Fortschritt nachrühmen kann, anerkannt, nur daß sie zu diesem Behuf verschiedene Mittel angewendet haben. Diese Gesetzgebungen des Fortschritts sind das Braunschweig'sche und das Baden'sche Str. G. B., ersteres vermöge des allgemeinen Milderungsgrundes des Art. 62 (Zusammenfluß so vieler und wichtiger Strafminderungsgründe, namentlich solcher, welche die Zurechnungsfähigkeit und die Bösartigkeit des Thäters vermindern, daß nach richterlichem Ermessen selbst die geringste der That angedrohte Strafe mit deren Strafbarkeit nicht im richtigen Verhältnisse stände), wovon jedoch bei den schwersten Mordfällen, namentlich dem Banditen-, dem Gift-, dem Verwandtenmorde rc. kein Gebrauch gemacht werden darf, Art. 145. Hingegen das Baden'sche Str. G. B. Art. 205, dadurch, daß es die Todesstrafe beim Morde auf den bestimmten Vorsatz (dolus determinatus) beschränkt, daher für den unbestimmten nur lebenslängliches oder zeitliches Zuchthaus androht, Art. 206. Die Motive S. 33 rechtfertigen dies durch die Bemerkung: „War die Absicht nur unbestimmt auf Tödtung oder die eine oder andere Art der Körperverletzung gerichtet, und ist der schwerste dieser verschiedenen Erfolge eingetreten, so liegt in der Unbestimmtheit der Absicht, wonach der Thäter sich auch mit einem geringeren Erfolg begnügt hätte, ein Grund niederer Strafbarkeit in Vergleichung mit dem Falle, wo der Thäter bestimmt und entschieden die Tödtung wollte, sich also bei einem eingetretenen geringeren Erfolge nicht einmal beruhigt haben würde. Darum, und weil dieser letztere Fall als der schwerste mit einer festbestimmten Strafe, nämlich mit der Todesstrafe, bedroht ist, im Falle einer un*bestimmten* Absicht also der erwähnte Grund geringerer

Strafbarkeit bei der Strafausmessung gar nicht berücksichtigt werden könnte, mußte für diesen Fall eine eigne, jedoch bis zu lebenslänglichem Zuchthause ansteigende Strafe angedroht werden." Man muß dies als einen außerordentlichen Fortschritt anerkennen, und wenn gleich auch bei dem bestimmten Vorsatze immer noch Fälle vorkommen können, wo die Todesstrafe für die concrete Verschuldung zu streng ist, so darf doch der Gesetzgeber darin nicht noch weiter gehen, sondern muß für solche jedenfalls seltene Fälle der Gnade belassen, was der Gnade ist. Jede weitere, den Gerichten eingeräumte Befugniß hieße das Recht der Zuerkennung der Todesstrafe mit der Frage über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit derselben überhaupt (die doch der Gesetzgeber durch ihre Beibehaltung entschieden hat) zusammenwerfen, indem es denjenigen Gerichten, welche der gesetzlichen Ansicht nicht zugethan sind, leicht fallen würde, die Todesstrafe nach und nach factisch aufzuheben. Geschähe dies bei einigen Gerichten desselben Staats, bei andern nicht, so müßte eine so bedeutende Divergenz der Praxis gerade bei dem schwersten Verbrechen und der schwersten Strafe in höchstem Grade anstößig seyn. Kann einmal die Todesstrafe beim Morde (aber unter der Beschränkung des Baden'schen Str. G. B., d. h. für die im Allgemeinen subjectiv schwersten Fälle) nicht entbehrt werden, so muß auch mit Sicherheit darauf gezählt werden, daß sie von Seiten der Gerichte gleichmäßig auf jeden zutreffenden Fall in Anwendung gebracht werde.

Diese schon in dem Baden'schen Entwurf vorgeschlagene Beschränkung der Todesstrafe beim Morde kam zwar auch in der württemb. K. d. A. zur Sprache (Comment. Th. III. S. 33), fand aber dort keine Unterstützung, und konnte auch mit der ganzen, auf Abschreckung und deren Consequenzen (namentlich Feste-

lung des richterlichen Ermessens) berechneten Anlage des Entwurfs des Str. G. B. nicht bestehen, wie überhaupt in jeder nur einigermaßen durchdachten und planmäßigen Gesetzgebung jeder Satz mit allen andern Sätzen in der Weise zusammenhängt, daß sie mit einander stehen und fallen. Eben so wenig hat das württemb. Str. G. B. jenen allgemeinen Milderungsgrund des Braunschweig'schen Str. G. B. anerkannt, ja den Art. 98 von verminderter Zurechnung möglichst eng gefaßt. Die Motive und Regierungscommissäre gaben nämlich die tröstende Zusicherung, daß die Strafansätze so (gemäßigt?) gefaßt seyen, daß es nur in sehr seltenen Fällen vorkommen werde, daß der Richter dieselben (die absolute Androhung von untheilbaren und entehrenden Strafen, und das Minimum theilbarer Strafen) außer Proportion mit der Verschuldung halten werde, so daß für diese sehr seltenen Fälle die Begnadigung vollkommen ausreiche. Was hat aber in dieser Beziehung die kurze Erfahrung von etlichen Jahren gelehrt? Gerade das Gegentheil.

Aber auch beim Morde handelt es sich nicht blos von Einem Menschenleben, als absolutem Opfer der für zu viele Fälle absolut angedrohten Todesstrafe, sondern es können Mehrere, ja Viele wegen Eines Mordes absolut ihr Leben verwirkt haben. Denn den Anstifter, den Hauptgehülfen bei der That, und die nur zugegen gewesenen Complottanten trifft hier immer dieselbe unabänderliche und unabweisliche Todesstrafe [18]), obgleich die P. G. O. beim Mordcomplott im Art. 148 ein (wirkliches) Hülfe- und Beistandthun verlangt, sich also mit der bloßen Gegenwart (der passiven Assistenz) eines oder mehrerer Complottanten nicht be-

---

18) wenn nicht in ihrer Person zufällig besondere Milderungsgründe, z. B. Jugend ꝛc. zutreffen.

gnügt [19]), und nach der von den Motiven und dem württemb. Str. G. B. angenommenen (falschen) Theorie Feuerbach's und des Baier'schen Str. G. B., „daß alle Complottanten im Verhältniß zu einander als Anstifter, mithin Miturheber des verübten Verbrechens zu betrachten seyen", sogar die abwesenden, sey es vorsätzlich oder zufällig ausgebliebenen, Complottanten die Todesstrafe treffen müßte. Allein aus politischen Gründen hat der Art. 81 Abs. 1 hier zwischen dem (wahren) Anstifter des Mordcomplotts (oder sonstigen Verbrechens) — Complottstifter —, und den gemeinen Theilnehmern (als fingirten Anstiftern) unterschieden, d. h. letztere für den Fall der Abwesenheit nur mit der Strafe des beendigten Versuchs bedroht, so daß erst durch das Medium der Politik dem Rechte theilweise sein Recht widerfährt [20]).

19) Solche Subjecte sind in der Regel schwankend. Sie können und wollen nicht gerade austreten, weil sie fürchten, das Opfer der Rache ihrer Genossen zu werden, mögen aber auch nicht mit Hand anlegen. Ihr Wort bindet sie, aber es fehlt an persönlichem Muth, oder Reue oder Furcht vor Strafe hält sie von der Theilnahme an der Ausführung ab. Wie viele Subjecte der Art kommen nicht namentlich bei politischen Verbrechen vor!

20) Darin ist freilich Berner, in der Schrift über Theilnahme am Verbrechen, anderer Meinung. Er nimmt, im Sinne der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis, die gleiche Strafbarkeit des Anstifters und Hauptgehülfen bei der That mit dem Urheber, und aller Complottanten *in abstracto* an, giebt aber dabei einen verschiedenen Schuldgrad derselben *in concreto* zu, und meint, daß beides ohne inneren Widerspruch sich vereinigen lasse. Aber doch nur theilweise, nämlich nur hinsichtlich der Quantität der Strafe, nicht auch ihrer Qualität, indem der Richter bei relativ wie bei absolut bestimmten Strafgesetzen an die Strafart gebunden ist, diese aber für die Verschuldung in concreto viel zu hart, mithin ungerecht seyn kann. Namentlich bei einem Capitalverbrechen, wo das Leben vieler Angeschuldigten von sehr ungleichen Schuldgraden auf dem Spiele stehen kann, wird sich die Gerechtigkeit nicht dabei beruhigen können, daß

Aber es knüpft sich hieran noch eine furchtbare Bestimmung, welche die Quelle vieler Todesurtheile bei Einem Morde seyn kann, d. h. eine um der Schwierigkeit des Beweises willen durchgreifende (also die Erleichterung der Untersuchungs- und der erkennenden Richter bezweckende) Bestimmung (§. 1 Ziff. 8), welche leider! zu den vielen Eigenthümlichkeiten des württemberg. Str. G. B. gehört, die einen offenbaren Rückschritt beurkunden.

Allgemein verlangt man zum objectiven, oder, wie man mit den Anmerkk. zum Baier'schen Str. G. B. auch sagen kann, zum physischen Thatbestande der Tödtung einen Causalzusammenhang zwischen der verletzenden Handlung und dem eingetretenen Tode, während der Art. 235 Abs. 1. sich schon damit begnügt, daß die verletzende Handlung „den Tod herbeigeführt haben würde, wenn derselbe nicht durch ein anderes Ereigniß zeitiger bewirkt worden wäre." Der Entwurf enthielt diese Bestimmung nur bei Tödtung (d. h. Todtschlag, und Tödtung aus culpa dolo determinata) in Raufhändeln, nach dem Vorbilde der P. G. O. (Art. 148 Abs. 2), aber ohne die dort ausgesprochene Clausel: „wenn sich nicht ermitteln lasse, von welcher sonderlichen Hand der Thäter gestorben sey", d. h. (wenigstens regelmäßig) welcher die letzte tödtliche Wunde zu einer Zeit, wo der Getödtete noch

(S. 459) Todesstrafe Postulat einer höheren Nothwendigkeit sey, in welche keine Willkür eingreifen dürfe, und überhaupt anzunehmen sey, daß der Gesetzgeber bei absolut bestimmten Strafgesetzen triftige Gründe habe, die in den concreten Fällen obwaltenden Modificationen der Schuld nicht näher zu berücksichtigen. Darf die Gerechtigkeit der Dialektik zum Opfer gebracht werden, so steht es schlimm um dieselbe! Jene beiden Principe sollen neben einander bestehen, aber gerade bei den schwersten Strafen, und überhaupt in *qualitativer* Hinsicht, soll der Grad der Verschuldung in *concreto* gar keine Berücksichtigung finden?

lebte[21]), zugefügt habe. Denn man wollte eben den Gerichten die Ermittelung der bei Raufhändeln in der Regel schwierigen Frage: in welcher Reihenfolge die verschiedenen tödtlichen Verletzungen auf einander gefolgt seyen, ersparen, obwohl diese Untersuchung ihnen dennoch nicht erspart werden kann, weil bei jeder tödtlichen Wunde hergestellt seyn muß, daß der Getödtete damals noch am Leben gewesen sey, widrigenfalls der Thäter nur nach Art. 72 bestraft werden könnte, oder wenn er wußte, daß der Gegner todt war, er mithin nur seine Rache an dessen Leichnam ausüben wollte, deshalb gar nicht bestraft werden könnte. Indeß man glaubte hier (bei Tödtung in Raufhändeln) mehr noch als die P. G. O. durchgreifen zu sollen, z. B. man stellte die Thesis auf: jeder tödtlich Verwundende, und wären es ihrer noch so viele, soll als die wirkende Ursache des eingetretenen Todes betrachtet werden, daher je nach dem animus, wegen vollendeten Todtschlags oder (vollendeter) Tödtung aus culpa dolo determinata bestraft werden, was um so unbedenklicher sey, da es sich hier ja nicht mehr, wie nach der P. G. O., um Todesstrafe handle. Hätten nämlich, so argumentirt man, **B**, **C** und **D** auch nicht nach einander dem Getödteten tödtliche Wunden beigebracht, so

21) Denn bei Raufhändeln werden in der Hitze des Streits oft einem schon als todt Hinsinkenden, oder bereits todt Hingestreckten noch tödtliche Wunden von der einen, oder von mehreren Seiten zugefügt, wofür die Thäter, wenn sie den Getödteten noch für lebend hielten, nur wegen delictum perfectum (einer objectiv unschädlichen Handlung) bestraft werden könnten, also nach der milderen Bestimmung des Art. 72. Uebrigens muß zugegeben werden, daß die letzte tödtliche Wunde, welche dem damals noch am Leben befindlichen zugefügt wurde, nicht nothwendig die Todesursache zu seyn braucht, indem, ehe die letzte Wunde ihre tödtliche Wirkung äußern konnte, der Verwundete schon an der früher empfangenen gestorben seyn konnte. Deshalb müßte das: „wenigstens regelmäßig“ hinzugefügt werden.

würde derselbe schon an jeder dieser tödtlichen Wunden für sich allein gestorben seyn; die zufällige Concurrenz mehrerer lethalen Verletzungen kann aber die volle Schuld des Einzelnen weder aufheben, noch auch nur vermindern, daher es auch keiner Nachweisung bedarf, an welcher tödtlichen Wunde der Getödtete wirklich gestorben sey. Allein man hat nach Rechtsgrundsätzen hier nur das Dilemma: entweder läßt sich ausmitteln, welche tödtliche Wunde die Ursache (und darunter denkt man sich doch allgemein die wirkliche, und keine blos mögliche Ursache) des eingetretenen Todes war; dann trifft diesen die Strafe des vollendeten Verbrechens, die übrigen tödtlich Verletzenden nur die Strafe des conatus perfectus homicidii, weil es bei ihnen an dem Causalzusammenhange zwischen der Verletzung und dem eingetretenen Tode fehlt. Oder es kann dies nicht ausgemittelt werden; dann ist bei allen wenigstens der conatus perfectus gewiß, also diese Strafe von Rechts wegen verwirkt[22]) — während die P. G. O. hier mit der Schwerdtstrafe gegen Alle durchgreift, und noch 300 Jahre nach ihr auf den Grund eines fingirten Causalzusammenhanges wenigstens vollendetes Verbrechen bei Allen angenommen wird!

Indeß dergleichen Erleichterungen der Gerichte muß man sich in dem würtemb. Str. G. B. auch sonst gefallen lassen[23]), und bei Art. 248 handelt es sich wenigstens nicht mehr von Todesstrafe, welche im Bausch und Bogen verhängt wird. Allein auf Anregung der Com-

22) So z. B. auch das Braunschweig'sche Str. G. B., vergl. mit den Motiven S. 276—77. Wie bedenklich ist nicht das „würde", wenn man erwägt, wie oft die Aerzte in ihrem Urtheil über Heilbarkeit oder Unheilbarkeit irren!

23) Vgl. Jagemann's rc. Zeitschrift für Strafproceß 1846 Nr. III.

mission der K. d. A. (Commentar Th. III. S. 8) wurde dieser durchgreifende Satz (die Fiction des Causalzusammenhanges) in dem angeführten Art. 235 Abs. 1 (zweiter Satz) auf Tödtungsfälle überhaupt, also auf Mord, Vergiftung und culpose Tödtung ausgedehnt, was für jene beiden Fälle die Quelle eines neuen Mißbrauchs der Todesstrafe ist.

Zur Auffindung des von dem Gesetze gemeinten Falles [24]) muß man zunächst davon ausgehen, daß hier Abwesenheit eines Complotts vorausgesetzt wird. Denn liegt ein solches vor, so kommt es auf die Beschaffenheit und Reihenfolge der von den Einzelnen beigebrachten Verletzungen gar nicht an. Genug, daß die Complottanten, und auch nur (zur Befestigung des Muths der Uebrigen) bei der That zugegen waren! Hier ist es mithin die complottmäßige Verübung des Mor-

---

24) Berner a. a. O. S 205 Anm. tadelt am Art. 235 Abs. 1 nur den Ausdruck: „tödtlich", wofür es „tödtend" heißen solle, wie schon vor 10 Jahren Henke bemerkt habe. Indeß drücken dies auch die Motive (Comment. III. S. 2) gerade so aus, so daß wenigstens kein Mißverständniß zu besorgen ist. In der Sache selbst billigt er das Princip, daß, wenn Mehrere auch ohne Complott (also zufällige Miturheber) tödtliche Verletzungen zufügten, jeder wegen vollendeter Tödtung strafbar sey, und findet die Clausel der P. G. O. „von welcher sonderlichen Hand er gestorben" absurd, weil sich objectiv der Wille des Einen mit dem Willen des Andern vermittle, oder jeder als Gehülfe der Andern handle, diese daher seine Handlung ebenfalls vertreten müssen. Kurz der Wille der Einzelnen sey als Ein Gesammtwille zum zusammenstimmenden Handeln aufzufassen. Ist dies der Fall, wozu bedarf es denn aber nothwendig tödtlicher Verletzungen? Consequenterweise müssen dann auch diejenigen, welche nicht tödtliche Verletzungen (neben von Andern beigebrachten tödtlichen) zufügten, des Einen Gesammtwillens wegen, gleichfalls wegen vollendeter Tödtung bestraft werden. Genügt es aber der Gerechtigkeit noch nicht an dem Einen durch Complott geschaffenen großen Leichenfelde, sondern soll hier noch ein zweites durch zufällige Miturheberschaft hinzukommen? Gegen das Princip des Art. 235 hat sich mit Recht auch Köstlin, neue Revision I. S. 461, erklärt.

des oder der Vergiftung, welche sie gleich strafbar wegen des durch ihr verabredetes Zusammenwirken in gemeinschaftlichem Interesse verübten Verbrechens macht. In sofern muß man sich bei dem Art. 235 Fälle denken, wie sie die Motive zum Str. G. B. S. 277 hervorgehoben haben. „Wenn z. B. **A** und **B**, ohne Vereinigung beider (ohne Complott, also von der zufällig dargebotenen Gelegenheit gleichen Gebrauch machend), auf den **C** schossen, und man nicht weiß, welcher Schuß ihn getödtet hat; oder wenn sie dem **C** in der Absicht ihn (zu tödten, oder auch) nur zu beschädigen, der Eine heute, der Andere morgen Gift geben, und der **C** stirbt, man aber nicht nachweisen kann, wessen Gift tödlich wirkte ꝛc.“ (also Gifttödtung aus **culpa dolo determinata**, welche nach Art. 240 gleichfalls mit dem Tode bedroht ist). In diesen (und ähnlichen) Fällen, sagen die trefflichen Motive, habe das Braunschweig'sche Str. G. B. consequent die allgemeinen Grundsätze [25]) durchgeführt, „indem die Schwierigkeit des Beweises (oder die Ungewißheit der factischen Umstände) kein Grund seyn könne, Jemanden, welcher ein Verbrechen nur begangen haben könne, von dem aber nicht erwiesen sey, daß er es wirklich (seinem ganzen Umfange nach) begangen habe, mit der Strafe dieses (des vollendeten) Verbrechens zu belegen.“ Solche Sprache ist man freilich in den württemb. Motiven nicht gewohnt, und wenn gleich der Entwurf den

---

25) Nach B e r n e r a. a. O. soll es selbst allgemeiner Grundsatz seyn, daß, wenn mehrere animo occidendi zugefügte Verletzungen durch ihr Z u s a m m e n w i r k e n tödteten, jeder wegen v o l l e n d e t e r Tödtung zu bestrafen sey. Bei der Tödtung in Raufhändeln ist dies allerdings in mehreren Gesetzgebungen, z. B. dem würtemb. Str. G. B. Art. 248, ausgesprochen; allein diese betrachtet man mit Recht als eine S i n g u l a r i t ä t, welche nicht weiter auszudehnen sey; vgl. H u f n a g e l, württ. Str. G. B. S. 219 Ziff. 4. Es giebt ein gesundes Rechtsgefühl, welches höher als alle Dialektik steht. Und welche Dialektik ist die r i c h t i g e?

zweiten Satz des Art. 235 noch nicht enthielt, so erhielt er doch nicht nur sofort die volle Zustimmung der Regierung, sondern diese gab ihm gar noch eine weitere Fassung als nach dem Beschlusse der Kammern (Comment. III. S. 16—18). Unter dem Ausdruck: Ereigniß ist dabei nicht blos ein späteres Verbrechen zu verstehen, sondern auch ein bloßes Naturereigniß, z. B. (X. 15. §. 1. D. ad leg. Aquiliam) wenn der tödtlich Verwundete durch einen zufällig entstandenen Brand sein Leben verliert, also im Bett verbrennt, oder vor Schrecken darüber an einem Schlagflusse stirbt ꝛc.; und ist es ein Verbrechen, so kommt es eben so wenig darauf an, ob der Tod durch das spätere oder das frühere Verbrechen (Ereigniß) eingetreten ist, z. B. wenn der durch A tödtlich verletzte vom B eine tödtliche Verletzung erhält, ehe aber diese zweite Wunde wirken konnte, der Verwundete schon an der ersten stirbt. Vgl. Jagemann's ꝛc. Zeitschrift für Strafproceß, Jahrg. 1846 S. 50 fg.

Eine weitere, hier durchgreifende Bestimmung enthält der Art. 56, welcher unter gewissen Voraussetzungen Tödtung aus culpa dolo determinata zu einer vorsätzlichen Tödtung macht, wofür man sich des Ausdrucks: dolus generalis bedient. Daß dies etwas Exceptionelles sey, wurde auch in der K. d. A. anerkannt (Comment. I. S. 458—477), und ist jetzt wieder (gegen Köstlin) von Berner in dessen Lehre von der Theilnahme S. 148 fg. nachgewiesen.

Somit kann auch bei dem Art. 237 vom Morde, besonders mit Rücksicht auf die allgemeinen — zum Theil sehr exceptionellen — Grundsätze, welche sich an denselben knüpfen, ein mißbräuchlicher (verschwenderischer) Gebrauch der Todesstrafe nicht bestritten werden.

§. 6.

Vom Morde gehen wir auf die drei Fälle der s. g. Vergiftung über, welche ausnahmsweise mit dem Tode bedroht sind (§. 2 Ziff. 17—19), nämlich Gifttodtschlag, Tödtung durch Gift aus *culpa dolo determinata*, und bleibende Beschädigung der Gesundheit (auch nur Eines) durch gemeingefährliche absichtliche Verbreitung von Gift, wenn auch ohne *animus occidendi*, also nur *animo nocendi*.

Man mag über die besondere Gefährlichkeit des Gifts denken wie man will, so folgt daraus noch nicht, daß bei vorsätzlichem Eingeben dieser Substanz alle Rechtsgrundsätze verläugnet werden dürfen, namentlich wenn es sich von Todesstrafe handelt. Denn diese wird bei Tödtungen nur durch die Verbindung der objectiven Schwere der That, mit Vorbedacht (dolus praemeditatus), und zwar nach §. 5 mit der bestimmten Absicht zu tödten, gerechtfertigt, wiewohl auch dann immer noch Fälle gedacht werden können, wo der verübte Mord nicht als das ob- und subjectiv zugleich schwerste Verbrechen bezeichnet werden kann. Sollte nun die bloße Beschaffenheit des Tödtungsmittels die rechtliche Wirkung haben können, auch diese Grundprincipe des Rechts bei dem zu diesem Behuf eigens geschaffenen Verbrechen der Vergiftung völlig zu verläugnen? Wir wollen diese Frage bei den einzelnen, hieher gehörigen Fällen beantworten.

1) Gifttodtschlag. Ein solcher wird sogar (seit Feuerbach §. 218) von Manchen geläugnet, so daß es im Falle des (bestimmten oder unbestimmten) animus occidendi hier nur Giftmord geben soll. Allein es giebt *keine Art* der vorsätzlichen Tödtung, welche nicht so gut

als Todtschlag, wie als Mord gedacht werden könnte. Wenn z. B. eine Frau, welche kaum von ihrem Manne aufs roheste mißhandelt worden, diesem im Affecte des Zorns vorräthiges Gift in die Suppe schüttet, die sie ihm gerade vorzusetzen hat, und er sofort davon ißt und stirbt, so sind hier alle Merkmale eines Todtschlags, und zwar eines solchen vorhanden, welcher nach Art. 243 Abs. 2 vielleicht nur mit 4 Jahren Kreisgefängniß, oder im schlimmsten Falle mit 5 Jahren Zuchthaus zu ahnden wäre. Nun aber soll die Frau, weil das im Affect angewendete Mittel Gift war, Todesstrafe verdient haben? Dies fand zwar in der württemb. K. d. A. keinen Anstoß, weil — wie man meinte — das Strafmildernde des Affects hier durch die Heimlichkeit und List, welche in der Anwendung von Gift liege, paralysirt werde. Allein theils heißt dies das schwächere Geschlecht darum härter strafen, weil die Natur demselben die physische Kraft zur Tödtung durch unmittelbaren Angriff versagt hat (und dies ist eben der Grund, weshalb Frauenspersonen vorzugsweise zum Gift greifen, während es von Männern nur selten angewendet wird); theils sind auch sonst beim Todtschlag Heimlichkeit und List nicht ausgeschlossen, d. h. es giebt so gut einen Meucheltodtschlag, wie es einen Meuchelmord giebt. Wenn z. B., um bei dem Beispiele der mißhandelten Frau stehen zu bleiben, diese den Augenblick, wo der Mann, ihr den Rücken kehrend, aus der Thür geht, oder sich bückend etwas auf dem Boden sucht, zur Tödtung desselben mit einem naheliegenden Beil benutzt; oder wenn sie, ihren kochenden Zorn verbergend, durch List den Mann veranlaßt, sich nach einer auf dem Boden, oder in einer Kiste liegenden Sache zu bücken, und ihn so meuchlings mit dem paraten Messer niederstößt, so daß er stirbt — ist darum der Todtschlag, in welchem Entschluß und Ausführung das Werk nur weniger Minuten

waren, minder ein Todtschlag? Und sollte es sich beim Gifttodtschlag wohl anders als beim Meucheltodtschlag verhalten können?

2) Gifttödtung aus *culpa dolo determinata*, d. h. der Fall, wenn die Absicht des Thäters (oder vorzugsweise der Thäterin) nur auf Verletzung der Gesundheit gerichtet war (also nicht einmal eventuell auf Tödtung, Art. 57), aus dem von ihm beigebrachten Gifte aber unbeabsichtigt der Tod hervorging. Auch hier lassen sich nach Artt. 246 u. 247 zwei Fälle unterscheiden, nämlich culpose Tödtung durch vorbedachtes Beibringen von Gift (Tödtung aus culpa dolo praemeditato determinata), und culpose Tödtung durch affectvolle Beibringung von Gift (Tödtung aus culpa dolo repentino determinata). Die Strafen für beide Arten der Tödtung sind nach Artt. 246, 247 sehr verschieden, dort (in 3 Stufen) 20 Jahre Zuchthaus bis zu 6 Monaten Kreisgefängniß; hier (gleichfalls in 3 Stufen) 10 Jahre Zuchthaus bis zu 3 Monaten Kreisgefängniß. Und diese Strafen sind noch verschärfte Strafen, indem, wenn die Regel, d. h. die Grundsätze von der idealen Concurrenz (Art. 123, 60) hier in Anwendung kämen, die Strafen sehr viel milder ausfallen würden, ja bei Artt. 246 Ziff. 2 u. 247 Ziff. 2 nur eine Strafe wegen vorsätzlicher Körperverletzung eintreten könnte, weil der Tod hier als casuell zu betrachten ist. Und von diesen Ausnahmen enthält, wenn das Mittel der unbeabsichtigten Tödtung Gift war, der Art. 240 wieder eine Ausnahme, nämlich eine absolute Steigerung bis zur Todesstrafe — statt jener sechs Strafrahmen, von 20 J. Zuchthaus bis zu 3 Monaten Kreisgefängniß! Also auch hier ist ein ganzer Complex von Fällen, welche aus ob- und subjectiven Gründen auf der verschiedensten Stufe der Strafbarkeit stehen, absolut mit dem Tode bedroht,

was gegen ein Grundprincip in dieser Lehre verstößt (§. 1 Ziff. 5). Zudem kann das Mittel der unbeabsichtigten Tödtung, sey es Mißhandlung (Art. 246, 247) oder Gift (Art. 240), darum keinen derartigen Unterschied hinsichtlich der Strafbarkeit begründen, weil, wer einen Andern schwer mißhandeln will, die Schwere und Richtung, kurz den Erfolg seiner Streiche eben so wenig genau berechnen kann, wie der Giftmischer, welcher nur die Gesundheit verletzen, nicht aber tödten will. Ja, wenn man den neuesten Erfahrungen trauen darf, so haben geschickte Giftmischerinnen den Erfolg des von ihnen je nach der Leibesbeschaffenheit in verschiedenen Quantitäten beigebrachten Gifts weit mehr in ihrer Hand, als ein Raufbold den Erfolg der von ihm beabsichtigten Mißhandlung; und setzt man eine Meuchel-Mißhandlung, aus welcher eine unbeabsichtigte Tödtung hervorging, wie sollte diese eine weit mildere Beurtheilung (Art. 247) als Gifttödtung aus culpa dolo determinata verdienen? Wäre daher der Grund der K. d. A. richtig, so müßte auch dieser Fall und der Meuchel-Todtschlag mit dem Tode bedroht werden.

3) Bleibende Beschädigung der Gesundheit (auch nur Eines) durch vorsätzliche gemeingefährliche Verbreitung von Gift, wenn auch nur *animo nocendi*. Hier liegen zwei Ausnahmen von der Regel vor. Die erste: daß, wenn animus occidendi vorhanden war, hier schon das *delictum perfectum* (der beendigte Versuch) der Gifttödtung mit dem Tode bestraft werden soll; denn der Art. 240 setzt voraus, daß Niemand das Leben verlor, aber wenigstens Einer bleibend an seiner Gesundheit verletzt wurde. Die zweite: daß es hier nicht einmal des animus occidendi bedarf, sondern die Todesstrafe schon bei dem *animus nocendi* verwirkt ist, was mit andern Worten heißt:

eine schwere Körperverletzung soll mit der Strafe des Mordes belegt werden.

Somit enthalten die Artt. 240 und 241 nicht weniger als vier Ausnahmen von der Regel, und nur die darin gleichfalls enthaltene Bedrohung des Giftmordes mit dem Tode drückt die Regel aus. In dieser Beziehung kann gewiß nicht mehr geleistet werden, als hier geschehen ist! Die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis legte den Art. 130 der P. G. O. von der Vergiftung mehrentheils nur in dem Sinne aus, daß beim Giftmorde ausnahmsweise der beendigte Versuch, und auch nur, wenn derselbe von einer Verletzung der Gesundheit begleitet war (denn er läßt sich auch als ganz vereitelt denken), mit dem Tode zu bestrafen sey. Aber dies bildet jetzt nur den vierten Ausnahmefall, beschränkt auf gemeingefährliche Verbreitung des Gifts.

Nun läßt sich zwar nicht läugnen, daß (Art. 241) das Vergiften von Brunnen, zum öffentlichen Verkaufe bestimmter Waaren, oder überhaupt von Sachen, wodurch eine unbestimmte Menschenzahl Gesundheit oder Leben verlieren kann, sey es animo occidendi, oder auch nur nocendi, ein in ob- und subjectiver Hinsicht qualificirter Fall sey. Allein dadurch wird die absolute Androhung der Todesstrafe noch nicht gerechtfertigt, welche hier, abweichend von der Regel, sogar für zwei, auf verschiedener (subjectiver) Stufe der Strafbarkeit stehende Fälle, also wiederum collectiv angedroht ist. Maaßgebend war hier eben das Abschreckungsprincip, und diesem genügte, ohne Rücksicht auf animus occidendi oder nocendi, schon die „bleibende Beschädigung der Gesundheit Eines Menschen", wobei obendrein unbestimmt gelassen wurde, was unter einer bleibenden Beschädigung der Gesundheit zu verstehen sey (§. 1 Ziff. 6). Denn man weiß nicht, ob damit

nur die Fälle des Art. 260 Ziff. 1, oder auch der Ziff. 2 und 3 gemeint sind? Im letzteren Falle würde, den animus *nocendi* vorausgesetzt, Todesstrafe statt einer nach Art. 260 verwirkten 20jährigen Zuchthaus- (als Maximum) bis zu sechsmonatlicher Arbeitshausstrafe (als Minimum) eintreten; und denkt man sich den Fall des Affects, der doch auch hier bei paratem Gifte möglich ist, so würde die Todesstrafe gar an die Stelle von 8 Jahren Zuchthaus, als Maximum, und dreimonatlichem Kreisgefängniß (Art. 363 Ziff. 1 und 2) treten, indem bleibende Beschädigungen der Gesundheit als sehr bedeutend, aber auch als ganz unbedeutend gedacht werden können. Eben deshalb drohen die Artt. 260 u. 261, und zwar je nach dem der Thäter mit Vorbedacht oder ohne solchen handelte, hier 5 verschiedene Strafrahmen an, die nach Art. 241 sämmtlich in der Todesstrafe untergehen. Kann eine solche abermalige Collectivandrohung der Todesstrafe wohl gerechtfertigt werden? Nun enthält zwar der Art. 269 von Körperverletzungen durch Gift strengere Strafbestimmungen, als die Regel der Artt. 260 u. 263, nämlich Zuchhaus von 25 Jahren als Maximum, und Arbeitshaus von 4 Jahren als Mimimum. Allein ist es nicht genug an dieser außerordentlichen Steigerung, und soll von dieser Ausnahme wieder eine Ausnahme, nämlich Todesstrafe eintreten? Wohin führt dies Fortschreiten der Ausnahmen von Ausnahmen in steigender Progression?

Hiezu kommt noch folgendes Bedenken. Die Frage: ob eine Beschädigung der Gesundheit bleibend sey, kann nur nach dem Ausspruche der Aerzte entschieden werden. Diese aber können sich darin leicht irren, und man kann ihnen ihren Irrthum auch nicht imputiren, weil sie nicht allwissend sind. Deckt sich nun später viel-

leicht erst nach Jahren) dieser Irrthum auf, indem der Vergiftete völlig wiederhergestellt ward, so ist inzwischen der Thäter hingerichtet worden, ohne daß das Gericht im Stande ist, diesen Irrthum (die zu spät entdeckte Ungerechtigkeit der Verurtheilung) wieder gut zu machen. Wäre dagegen der Thäter nach der Regel der Artt. 260 u. 263, oder nach der strengeren Ausnahme des Art. 269 verurtheilt worden, und befände er sich dann noch in der Strafanstalt, so könnte und müßte hier durch Fällung eines neuen (milderen) Urtheils geholfen werden, wie auch in der K. d. A. anerkannt wurde. Man wende nicht ein: diese Möglichkeit des Irrthums trete ja bei allen Todesurtheilen ein; denn es handelt sich hier von der besonderen Frage: darf der Gesetzgeber den Richter autorisiren, Jemanden auf den Grund eines fast immer unsicheren Ausspruchs der Aerzte zum Tode zu verurtheilen? eine Frage, die entschieden zu verneinen ist, wenn nicht Mißbrauch mit der Todesstrafe getrieben werden soll.

Schließlich noch folgenden Ueberblick über alle nach Artt. 240 u. 241 absolut mit dem Tode bedrohten Fälle der Vergiftung: I. einfache Vergiftung, Art. 240, und zwar a) Giftmord; b) Gifttodtschlag (vgl. Art. 243); c) Gifttödtung aus culpa dolo *praemeditato* determinata (vgl. Art. 246); d) Gifttödtung aus culpa dolo *repentino* determinata (vgl. Art. 247). Also drei Ausnahmen von der Regel. II. Erschwerte Vergiftung, und zwar a) die gleichen vier Fälle, unter diesen dieselben 3 Ausnahmen; b) delictum perfectum (conatus perfectus) der Gifttödtung (vgl. Art. 64); c) bleibende Körperverletzung durch Gift, (vgl. Art. 269), ersteres, wenn der Thäter den animus *occidendi*, letzteres, wenn er nur den animus *nocendi* hatte. Also im Ganzen *fünfmal* ausnahmsweise, und zwar absolute An-

drohungen von Todesstrafe! Der erste Fall als Ausnahme von Art. 243, der zweite von Art. 246, der dritte von Art. 247, der vierte von Art. 64, der fünfte von Art. 269, welche Artikel daher sämmtlich in Parenthese beigefügt wurden. Hiernach würde das Verzeichniß des §. 2, wo nur durchschnittlich 3 Ausnahmen bei der Vergiftung angegeben sind, von 30 auf 32 Nummern steigen. Welch' blutige Artikel! Dazu kommen auch hier die gleiche Strafbarkeit des Anstifters, des Hauptgehülfen bei der That, und aller, bei der That auch nur zugegen gewesenen Complottanten, so daß Ein Tod, oder eine lebensgefährliche Verletzung viele Menschenleben kosten kann.

§. 7.

Somit gehen wir über zu den vier Fällen des Todtschlags, welche der Art. 245 ausnahmsweise mit dem Tode bedroht (§. 2 Ziff. 20 — 23), nicht gerechnet die bereits oben bei dem Aufruhr und bei der Meuterei bezeichneten zwei Fälle, so daß im Ganzen Todtschlag in Concurrenz mit andern Verbrechen sechsmal mit dem Tode, und zwar absolut bedroht ist. Wir haben aber hier nur jene vier Fälle zu betrachten, weil von den letzteren bereits oben (§. 4) die Rede war.

Der Art. 243, welcher für den Todtschlag als Regel die Todesstrafe aufgehoben hat, unterscheidet einen gerechten und ungerechten Affect in der Weise, daß dort eine niederere, hier eine höhere Strafrahme (selbst qualitativ verschieden) angedroht ist. Aber gewisse Fälle eines ungerechten Affects soll es geben, welche Todesstrafe verdienen — eine Bestimmung, die aus dem, hier wahrlich keine Nachahmung verdienenden französischen Rechte (Code pénal, Art. 304, modificirt durch das Gesetz v. 28. April 1832) entlehnt ist, während alle neue-

ren deutschen Gesetzgebungen nichts der Art enthalten, selbst nicht das hier am strengsten Hannover'sche Str. G. B., welches den Todtschlag nur für den Fall näher bestimmt und ausschließlich der auf Tödtung gerichteten Absicht (im Gegensatze des hier regelmäßig vorhandenen unbestimmten dolus, dolus indeterminatus) androht. Insbesondere haben sich die Motive zum Braunschweig'schen Str. G. B. S. 270 mißbilligend über den Art. 245 [26]) geäußert, und auch die Commission der K. d. A., welche sich auf die mißbilligenden Gründe von Chauveau, Code pénal progressif p. 277, berief, hätte erwägen sollen, daß dessen Gründe eben so gewiß (vgl. §. 4) die von ihr vorgeschlagene Fassung treffen. Diese Gründe Chauveau's sind: „Vermöge der Bestimmung des Gesetzes soll die Concurrenz zweier Verbrechen die Todesstrafe zur Folge haben, während diese Verbrechen einzeln genommen diese Strafe in den Augen des Gesetzgebers nicht verdienen. Eine Tödtung kann nur durch Vorbedacht (in der Weise) erschwert werden, (daß sie Todesstrafe) verdient. Dem Grundsatze nach kann nur die Natur der Verbrechen, nicht deren Zahl, die Art der Strafe (besonders wenn es sich von Todesstrafe handelt) bestimmen." Zugleich übersah die Commission, daß es gegen die schonungslose Anwendung dieser Strenge des Code pénal, selbst des Code progressif, eine Schutzwehr giebt, welche das württemb. Str. G. B. völlig entbehrt, nämlich die Befugniß der Geschwornen, ihr „Schuldig" durch den Zusatz: „aber unter mildernden Umständen" (circonstances atténuantes) zu modificiren, wodurch der Gerichtshof genöthigt wird, statt der gesetzlichen Todes- auf Frei-

26) Vgl. die Anträge und Verhandlungen darüber im Commentar Th. 3 S. 127 — 139.

heitsstrafe zu erkennen; und dies ist eben der Grund, weshalb noch der Code progressif einen solchen Luxus von Todesstrafen enthält. (Vgl. Rintel, Beiträge zur Würdigung der französischen Jury, eine Sammlung von Strafrechtsfällen aus den Jahren 1833 bis 1845, Münster 1845, Abschnitt I Nr. I—VI S. 37—137.) Man hüte sich daher vor der Auctorität des französischen Rechts! Zwar kam auch in der württemb. K. d. A. der Milderungsgrund wegen vieler und wichtiger zusammentreffender Strafminderungsgründe (circonstances atténuantes) zur Sprache, aber ohne Erfolg; vgl. Comment S. 656, 764—766.

Diese gewichtigen Gründe wurden selbst in der K. d. A. völlig übersehen, wogegen man sich für die Todesstrafe darauf berief, „daß es nicht ohne Bedenken wäre, mit einemmale die Todesstrafe für alle Fälle des Todtschlags aufzuheben [27]), und an die Stelle derselben Zuchthaus, ja Kreisgefängniß bis zu 4 Jahren treten zu lassen; daß das Verbrechen des Todtschlags ein an sich schweres sey, und wenn noch ein weiteres Verbrechen (auch an sich straflose Vorbereitung?) hinzukomme, und bei dessen Verübung ein gerechter Affect nicht vorhanden sey [28]), die Todesstrafe sich ausnahmsweise rechtfertigen lasse; daß dies nicht nur von dem Falle gelte, wenn sich Jemand durch ein vorangegangenes Verbrechen in die Lage setze, er-

---

27) Und bereits zu Art. 178 und 182 hatte man zwei Ausnahmen gemacht. Bei der Frage: ob nicht die körperliche Züchtigung aufzuheben sey, argumentirte man eben so. Man prügelt daher nicht mehr so häufig wie früher, um weitere Erfahrungen zu sammeln! Eben so hier mit der Todesstrafe beim Todtschlag.

28) Soll das „dessen" auf den Todtschlag gehen, so ist diese Ansicht unrichtig, wie schon im §. 4 nachgewiesen wurde. Gleichwohl gaben dies selbst die Gegner des Commissions-Antrags zu.

griffen zu werden, und nun denjenigen, welcher ihn festhalte, um ihm z. B. das Entwendete abzunehmen oder ihn der Obrigkeit zu überliefern, vorsätzlich (aber ohne Vorbedacht, in rascher unüberlegter Gemüthsaufwallung) tödte, sondern auch von den beiden andern Fällen des (von der Regierung gebilligten) Commissions-Antrags, wenn nämlich der Todtschlag verübt werde, um ein Verbrechen vorzubereiten, oder um die Verübung eines solchen zu erleichtern, weil sich in solchen Fällen ein gerechter Affect, eine solche Gemüthsaufwallung oder Zorneshitze, die es allein rechtfertigen könne die vorsätzliche Tödtung (den Todtschlag) nicht mit der Todesstrafe zu belegen [29]), nicht wohl denken lasse. Wer, indem er auf einen Diebstahl ausgehe (warum immer nur dieser Fall?), so frech sey, denjenigen, welcher ihn unversehens in den Weg trete, sofort über den Haufen zu stechen, sey ein Subject, dessen Strafbarkeit der des Mörders ganz gleich komme, wenn er auch nicht mit Vorbedacht gehandelt habe. Eben so, wenn ein Dieb (warum immer nur Diebe?), um das Entwendete sicher fortzubringen, denjenigen, der ihm zufällig in den Weg trete, ohne Ueberlegung plötzlich niedersteche, so beweise er durch diese rasche That um so mehr die Größe und Gefährlichkeit seiner verbrecherischen Gesinnung, indem ein solcher Mensch, wie es scheine (allerdings „scheine"), sich gar nicht mehr zu besinnen brauche, ob er zur Verübung eines andern Verbrechens Jemanden tödten wolle, und das erste beste Hinderniß, welches sich ihm bei Ausführung des beabsichtigten Verbrechens entgegenstelle, schon hinreiche, um ihn plötzlich zu einer dolosen Tödtung zu bestimmen" — wonach es freilich das sicherste ist, einen solchen Menschen aus dem

---

29) Was sagt aber der Art. 243, welcher selbst einen ungerechten Affect als Aufhebungsgrund der Todesstrafe zuläßt, dazu?

Wege zu schaffen, damit kein Eigenthümer ferner in Gefahr gerathe, bei Gelegenheit eines Diebstahls von ihm getödtet zu werden."

Diese und ähnliche Gründe vermochten indeß — mit Recht — sehr viele Kammermitglieder nicht zu überzeugen, so daß der Commissions-Antrag nur mit 44 gegen 41, also nur mit einer Majorität von drei Stimmen angenommen wurde; und dieser Minoriät, welche auch die I. Kammer und die Staats-Regierung beistimmten, hat man vier Capitalfälle zu verdanken, wenn hier anders von einem Dank die Rede seyn kann! Wie gewichtig die Zweifel der Minorität waren, wird sich, abgesehen von den bereits geltend gemachten allgemeinen Gründen, am sichersten aus der Prüfung jedes einzelnen der vier Fälle ergeben.

1) Todtschlag, um ein anderes Verbrechen vorzubereiten. Hier ist vorerst der Thatbestand unbestimmt und schwankend (§. 1 Ziff. 6), indem der Ausdruck „Verbrechen" in einem vierfachen Sinne genommen werden kann, nämlich a) für strafbare Handlung überhaupt, sie mag gerichtlich oder administrativ strafbar seyn; oder b) für Verbrechen und Vergehen im Sinne des Art. 1 Abs. 2, also gleichbedeutend mit gerichtlich strafbaren Handlungen, unter der Voraussetzung, daß sie nach dem Str. G. B. dem Ressort der Strafgerichte unterliegen; oder c) für Verbrechen und Vergehen in einem weiteren Sinne, nämlich mit Inbegriff der schweren Verfehlungen gegen die Finanz- und Forstgesetze, welche nach erschöpftem Ressort der Verwaltungsstellen (14 Tage Gefängniß) bis zur Zuerkennung einer sechsjährigen Kreisgefängnißstrafe den Gerichten zur Bestrafung zufallen [30]); oder endlich d) für Verbre-

30) Denn auch diese schweren Fälle können, wie in der K. d. A. bemerkt wurde, Verbrechen und Vergehen genannt werden.

chen im engsten Sinne, im Gegensatze von Vergehen (minder schweren, an sich gerichtlich strafbaren Handlungen).

Nach der ersten Ansicht würde schon derjenige, welcher zur Vorbereitung einer ganz geringfügigen Polizeiübertretung einen Todtschlag beging, mit dem Tode zu bestrafen seyn! Nach der zweiten Ansicht dagegen würde dieser Fall, so wie (um beim Stehlen zu bleiben) der Todtschlag zur Vorbereitung eines nur polizeilichen Diebstahls (bis zum Betrage von 5 Fl.) nicht mit dem Tode, sondern nur, aber immer (weil hier kein gerechter Affect möglich seyn soll) mit Zuchthaus von 10—25 J. zu bestrafen seyn (Art. 243); erst, wenn der beabsichtigte Diebstahl etliche Kreuzer mehr betragen sollte, oder derselbe ohne Rücksicht auf den Betrag (also auch nur bei Einem Kreuzer) stets criminell strafbar wäre (Art. 323 fg. 328), könnte der Todtschläger mit dem Tode bestraft werden. Hätte er dagegen einen Todtschlag begangen, um eine sehr bedeutende Contravention vorzubereiten, so könnte er eben so wenig wie jener polizeiliche Dieb zum Tode verurtheilt werden, weil seine Handlung kein Verbrechen und Vergehen im Sinne des Str. G. B. (Art. 1 Abs. 2, Art. 368) ist. Nach der dritten Ansicht würde ihn aber die Todesstrafe treffen, weil seine Handlung wenigstens im weiteren Sinne ein Verbrechen oder Vergehen ist, nur daß sich nicht näher bestimmen ließe, wie bedeutend die beabsichtigte Contravention seyn müsse, um schon diesen Namen zu verdienen. Nach der vierten Ansicht endlich, welche die Vergehen ausschließt, gäbe es eben so wenig eine bestimmte Gränze, wie die Motive und K. Verhdlg. zu Art. 1. ergeben.

Unius positio non est alterius exclusio. Vgl. das Gesetz v. 3. Oct. 1839 über Verfehlungen gegen die Forst- und Finanzgesetze, und den Art. 10 der Str. Pr. O.

Soll sich nun der Richter entweder für die eine, oder für die andere Ansicht entscheiden, so ist er in allen Fällen im Grunde gleich schlimm daran.

Sodann: was heißt hier „vorbereiten"? Man wird darunter den Fall zu verstehen haben, daß der Thäter, im Begriff ein Verbrechen (in dem ersten bis zum vierten Sinne) zu verüben, durch die unerwartete Dazwischenkunft eines Dritten daran gehindert wird, und nun im Schrecken oder aus Zorn rasch denselben niederstößt. Dies kann man aber nicht mit dem Ausdruck „ein anderes Verbrechen vorbereiten" im wahren Sinne des Worts bezeichnen. Vielmehr hat der Thäter das zunächst beabsichtigte Verbrechen schon vorbereitet, da ja vorausgesetzt wird, daß er sich schon auf verbrecherischem Wege befinde; er räumt also durch den Todtschlag nur die der Ausführung der getroffenen Vorbereitung entgegenstehenden Hindernisse hinweg. Nun sind zwei Fälle denkbar. Entweder vollführt er jetzt wirklich das vorbereitete Verbrechen; oder er giebt es, selber entsetzt über die rasche That, oder weil er fürchtet es doch nicht ungestört verüben zu können, also entweder freiwillig oder unfreiwillig, wieder auf. Und mit diesem Aufgeben begnügt sich der Art. 245, straft daher Todtschlag in Concurrenz mit strafloser Vorbereitungshandlung (Art. 63) mit dem Tode, während der Thäter im schlimmsten Falle sonst nur 10—25 J. Zuchthaus verwirkt hätte. Wir sagen: im schlimmsten Falle. Denn er konnte auch nur die Strafrahme von 5—10 J. Zuchthaus, ja selbst die dritte von nur 4—6 J. Kreisgefängniß verwirkt haben. Zwar wurde dies in der K. d. A. bezweifelt. Allein wie sollte nicht auch bei demjenigen, welcher sich in der Ausübung einer unerlaubten Handlung befindet (in re illicita versatur), ein gerechter Affect gedacht werden können? Z. B. A läuft dem B, der ihn gereizt

hat, im Zorne nach, um ihn zu mißhandeln (also in der Absicht der Zufügung einer Körperverletzung); zufällig kommt C dazu und fällt über den schon affectvollen A, um ihn von seinem Vorhaben abzubringen, so grob, mißhandelnd her, daß dieser, darüber in den höchsten Zorn versetzt, ihm das Messer in den Leib sticht, woran C sogleich stirbt. Hätte hier, fragen wir, der Todtschläger an sich nur die schwerste Strafrahme verwirkt? Sicher nicht; vielmehr die dritte. Und gleichwohl soll er jetzt ohne Erbarmen Todesstrafe erleiden! So lassen sich auch hier die (relativ) leichtesten, wie die schwersten Fälle denken, weshalb der Art. 245 gegen das Princip, keine Collectivfälle (§. 1 Ziff. 5) mit dem Tode zu bedrohen, verstößt. Soll aber hier der schwerste Fall ausgesucht werden, so wäre dies eine legislative Unmöglichkeit.

Somit verstößt der erste Fall dieses Artikels nach allen Seiten, die er für seine Beurtheilung darbietet, überall gegen diejenigen Principe, nach welchen allein die Todesstrafe als gerechtfertigt erscheint, beruht daher auf einem Mißbrauche dieser Strafe. Dieser, und andere Mißbräuche sind zu vermeiden, wenn man den Todtschlag unter Umständen mit einer höheren, als 25jährigen Zuchthausstrafe bedroht, aber nicht absolut, sondern dabei dem Richter die Beurtheilung der besonders erschwerenden Momente des Falles überläßt. Schon die schwierige Gränze zwischen Todtschlag und Mord gebietet eine solche vermittelnde Bestimmung.

2) Todtschlag, um die Verübung eines Verbrechens zu erleichtern. Auch hier treten dieselben Bedenken ein. Vorerst, was heißt Verbrechen? Ist es im ersten, oder im zweiten, oder im dritten, oder im vierten obigen Sinne zu nehmen? Denn die Entscheidung dieser wichtigen Frage kann bei einem absolu-

ten Capitalfalle, dessen Thatbestand überall fest bestimmt seyn muß, unmöglich der richterlichen Beurtheilung überlassen werden. Aber auch der Gesetzgeber wäre nicht im Stande diese Frage einigermaßen befriedigend zu beantworten; und wenn er dies selber nicht vermag, so soll er nur ja nicht Todesstrafe androhen.

Wie unterscheidet sich ferner dieser Fall von dem ersten, also das „erleichtern" von dem s. g. „vorbereiten"? Dies ergiebt sich am bestimmtesten aus dem Gegensatze des dritten Falles: „oder dasselbe (das eigentlich beabsichtigte Verbrechen) zu vollenden." In dem ersten Falle wird vorausgesetzt, daß der Thäter das von ihm beabsichtigte Verbrechen nur vorbereitet habe (z. B. er war bereits in das Haus geschlichen, um dort zu stehlen); in dem zweiten, daß er schon weiter gegangen war, sich also auf dem Stadium des Versuchs befand, und zwar des ersten Stadiums; in dem dritten, daß er eben im Begriff war, das Verbrechen zu vollenden, und nun in allen diesen Stadien des Verbrechens unversehens ein Dritter hinzukommt, den er, um nicht unterbrochen zu werden, oder aus Zorn, oder im ersten Schrecken, kurz ohne Vorbedacht (im Affect) niederstößt. Hieraus ersieht man, wie das Str. G. B. dem Thäter Schritt vor Schritt folgt, um ihn bei jedem Schritte mit dem Tode zu bedrohen, obgleich, wenn schon das „vorbereiten" genügt, die Todesstrafe sich bei dem zweiten und dem dritten Schritt von selbst versteht.

Die Einwendungen, welche auch diese Bestimmungen treffen, brauchen hier nicht wiederholt zu werden. Auch hier ist der Thatbestand unbestimmt und unbestimmbar; auch hier ist ein gerechter Affect denkbar; auch hier werden überhaupt leichtere und schwere Fälle durchgreifend mit dem Tode bedroht, welches Alles nicht zu rechtfertigen ist. Zwar liegt in den beiden letzteren Fällen

eine Concurrenz vor, nämlich nicht beendigter oder beendigter Versuch des beabsichtigten Verbrechens mit Todtschlag, während in dem ersten Falle nur eine straflose Vorbereitungshandlung mit Todtschlag zusammentrifft. Allein theils können zwei Nichtcapitalverbrechen niemals durch Concurrenz zu Capitalverbrechen werden; theils braucht hier nicht wiederholt zu werden, was bereits bei der Concurrenz von Aufruhr (Art. 178 Ziff. 1) und Meuterei (Art. 182) mit Todtschlag ausgeführt worden ist, daß nämlich das Str. G. B. die schwersten Concurrenzfälle (nämlich viele concurrirende lebenslängliche Zuchthausstrafen) milder beurtheilt, als die minder schweren, bei welchen es einen Uebergang zum Tode gestattet, den es dort unbedingt ausschließt. Somit wäre

3) Todtschlag um ein anderes Verbrechen zu vollenden eben so wenig als Capitalverbrechen zu rechtfertigen; noch

4) Todtschlag, um sich der Ergreifung über einem Verbrechen zu entziehen. Hier wird ein betretener Verbrecher vorausgesetzt, welcher verfolgt wird, oder auch ohne Verfolgung ergriffen werden soll — also, da Capitalverbrechen nicht extendirt werden dürfen, mit Ausschluß des Falles, wenn der nicht über, sondern erst nach der That entdeckte Verbrecher zur Abwendung der Haft einen Todtschlag begeht. Allein der württemb. Entw. v. J. 1832, aus welchem dieser (von dem Entw. v. J. 1835 wieder aufgegebene) Specialfall entlehnt ist (wogegen die drei ersten Fälle aus dem französischen Rechte geschöpft sind, so wenig dieses auch nach dem Obigen für Württemberg paßt) — drückte sich hier, wenigstens nach der Auffassung der Commission der K. d. A. (Comment III S. 130), anders aus, indem er von „Tödtung (Todtschlag) während der Verübung eines andern Verbrechens oder unmittelbar nach dessen

Ausübung zur Abwendung der Haft" spricht, wonach die Worte des Art. 245 „über einem Verbrechen betretenen" in einem etwas weiteren Sinne zu nehmen wären, aber immer doch mit Ausschluß des Falles, wenn der Verbrecher, längere Zeit nach der That verfolgt, in rascher Aufwallung zu seiner Rettung den Verfolger niederstößt. Allein weshalb hier mehr Barmherzigkeit als dort? Man sieht wenigstens nicht ein, weshalb jener Todtschläger hingerichtet werden, dieser hingegen am Leben bleiben soll? Indeß drückt sich der erste Entwurf (v. 1832) im Art. 150 bei der Widersetzung nicht einmal so weit, sondern nur dahin aus: „Wer über einem Verbrechen betreten, einen öffentlichen Diener, oder eine Privatperson, welche ihn verfolgt oder zur Haft bringen will rc.", also gerade so, wie es jetzt im Art. 245 heißt: „über einem Verbrechen betreten", nur daß die — auch überflüssigen — Worte: öffentlicher Diener oder Privatperson rc. weggelassen sind. Bei einem Capitalverbrechen wird man aber strict zu interpretiren haben, so wenig auch der (legislatorische) Grund dieser Beschränkung einzusehen ist; für den Richter reicht es aber hin, nicht noch größeren Mißbrauch mit der Todesstrafe zu treiben, als es schon der Buchstabe des Gesetzes gethan hat. Aber es scheint, als sollten hier (bei einem Capitalverbrechen) die alten Controversen über delicta manifesta und nec manifesta, und über handhafte und nicht handhafte (übermächtige) That wieder aufleben.

Was soll man sich ferner hier, wie in den vorhergehenden drei Fällen, unter einem Verbrechen denken? Ist es im obigen ersten, oder im zweiten, oder im dritten, oder nur im vierten Sinne zu nehmen? Der Richter weiß es nicht, und der Gesetzgeber kann es eben so wenig im vernünftigen Sinne bestimmen! Kann ferner nicht auch hier ein gerechter Affect des Todtschlägers

gedacht werden? Unzweifelhaft! Denn jede unbedeutende, aber nach dem Str. G. B. criminell zu behandelnde Uebertretung, ja selbst schwere Uebertretungen machen den Schuldigen nicht rechtlos gegen Mißhandlungen seiner Verfolger, seyen es öffentliche Diener (die hier auch fehlen können), oder Privatpersonen! Eben so wenig rechtfertigt sich die Todesstrafe durch hier vorausgesetzte Concurrenz von Todtschlag mit einem andern versuchten oder vollendeten Verbrechen (aber welchem?), wovon die Gründe hier nicht wiederholt zu werden brauchen. Alle diese Mißbräche der Todesstrafe sollten von Rechts wegen abgeschafft werden, und kommen auch in den neueren deutschen Strafgesetzgebungen nicht mehr vor. Gewiß wird jeder Vertheidiger der Todesstrafe, wenn er nur nicht von dem alles Recht zerstörenden Abschreckungsprincipe ausgeht, sich zu dem Ausspruche bekennen, daß, wenn diese Strafe nur unter mißbräuchlicher Anwendung bestehen könne, es besser sey, sie ganz — d. h. auch für die wenigen Fälle, wo sie nach Rechtsgrundsätzen sich rechtfertigen läßt — aufzuheben.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

XVII.

Beitrag zur Erklärung des Art. 159 der P. G. O.

Was heißt „Behaltung"?

Von

Herrn Dr. Gustav Geib,

Professor in Zürich.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. XII. im vorigen Hefte.)

Allein was sagen denn die Zeugnisse unserer positiven Quellen zu diesem so gewissermaßen a Priori gefundenen Ergebnisse? Ich antworte: sie enthalten nichts anderes, als eine klare und ununterbrochene Bestätigung desselben. In der That pflegt man dies auch für die Zeit der Volksrechte jetzt allgemein zuzugeben. Unsere Nachrichten sind gerade hier so bestimmt, in den Gesetzsammlungen der Franken, der Burgunder, der Sachsen, wird eines Theils der Unterschied zwischen Diebstahl aus der Were im engeren und weiteren Sinne, d. h. der Unerschied zwischen Diebstahl innerhalb und außerhalb des Hauses und Hofes — intra et extra clausuram, hortum, septa — sowie andern Theils die Gleichstellung desselben im Hofe und Garten mit dem im eigentlichen Hause, so nachdrücklich hervorgehoben [117]), daß wenigstens für diese Zeit jeder Zweifel

117) *L. Salic.* VIII. 1 — 3. XII. XXVII. 21 — 24. 26. *L. Salic. emend.* VIII. 1 — 3. XII. XXIX. 7 — 11. 26.

verschwinden muß [118]). Aber läßt es sich vielleicht beweisen, daß dieser im germanischen Rechtsleben überhaupt so begründete und nur als consequente Folge desselben sich ergebende Grundsatz in der spätern Zeit, und zwar namentlich in derjenigen Zeit, wo hinsichtlich aller übrigen, doch genau auf demselben Gedanken beruhenden, Verhältnisse noch überall keine Aenderung eingetreten war, verlassen worden ist? Nach der Meinung von Cropp soll eine solche Anomalie wirklich Statt gefunden haben. Nach der Behauptung dieses sonst so hochverdienten Gelehrten

XXXVI. 5. *L. Saxon.* IV. 2—5. Qui alvearium apum infra septa alterius furaverit, capite puniatur. Extra septa furatum, novies componendum est. Qui noctu domum alterius effodiens vel effringens intraverit, et duorum solidorum pretium abstulerit, capite puniatur. Si ibi occisus fuerit, non solvatur. Qui in screona aliquid furaverit, capite puniatur. *L. Burgund.* XXIX. 3. Effractores omnes, qui aut domus aut scrinia expoliant, iubemus occidi. [Ueber die Bedeutung des Worts screona und scrinium sind die Ansichten freilich getheilt. Vgl. Walch de pace domest. Opusc. II. p. 126. Grimm in d. Zeitschr. für deutsch. R. V. S. 2. Not. * Leo die Malbergische Glosse. Halle 1842 ff. II. S. 1. Roßhirt (Gesch. u. System d. Strafr. II. S. 293.) erklärt es ohne weiteres für „Behaltung", und eben damit denn, wie ich glaube, für gleichbedeutend mit Hof oder Hofraum. In etymologischer Hinsicht — scrinium = Schrein (englisch scrine), Schranne, also überhaupt jeder durch bestimmte Einfassung (Schranke) begränzte Ort — läßt sich dagegen nichts einwenden. Sehr entschieden dafür spricht sogar: *L. Salic.* XIV. 1. Si qui tres homines ingenuam puellam de casa aut de screona rapuerint cet. Vgl. Wiarda Geschichte und Auslegung des Salischen Gesetzes. Bremen 1808. S. 412. S. auch *L. Frision.* Addit. Sap. I. 3. Carol. M. Capit. a. 812. c. 49. (Pertz Monum. III. p. 184.) Allein anderer Seits scheint das Wort — gleich wie das italienische scranna, das französische escregne oder écraigne — denn doch auch einen etwas engeren Begriff gehabt zu haben. Vgl. z. B. *L. Salic.* XXVII. 15—17. *L. Salic. emend.* XXIX. 33—35.]

118) Vgl. R. Schmid Diss. de furto secundum leges antiquissimas Germanorum. Jenae 1829. p. 43—46. Cropp in d. Criminal. Beitr. II. S. 26 ff. Wilda Gesch. d. deutsch. Strafr. I. S. 878 ff.

nämlich soll in dem ganzen spätern Mittelalter, und zwar jedenfalls schon seit dem dreizehnten Jahrhunderte, der alte Grundsatz über die, gegenüber von den übrigen Fällen, höhere Strafbarkeit des Diebstahls in Häusern und Höfen, sowie über die Gleichstellung der beiden letztern Arten unter einander, verschwunden seyn[119]. Die Unnatürlichkeit, welche in dieser Ansicht liegt, hätte nun wohl zu einer genauern Prüfung auffordern sollen. Allein die Autorität ihres Urhebers, scheint es, hat jene Unnatürlichkeit gewissermaßen gedeckt, und so ist es gekommen, daß auch die spätern Bearbeiter unserer Lehre, namentlich Dollmann und Herrmann, sie ohne weiteres nachgeschrieben haben[120]). Ja was insbesondere Herrmann betrifft, so hat dieser jene Ansicht noch dadurch gleichsam gesteigert, daß er meint, schon die italienischen Juristen vom dreizehnten bis ins sechzehnte Jahrhundert seyen von der nämlichen Idee ausgegangen, und auch sie hätten mithin keinen Werth mehr darauf gelegt, ob ein Diebstahl in Häusern (und Höfen) oder außerhalb derselben verübt werde[121]). Jedoch nicht blos die letztere Meinung, sondern eben so die Behauptung von Cropp beruht auf einem Irrthume.

Ich betrachte zunächst die Cropp'sche Ansicht. Gegen die Richtigkeit derselben und sonach für die fortdauernde Anerkennung einer wesentlichen Verschiedenheit zwischen Diebstählen, die innerhalb und zwischen denen, die außerhalb menschlicher Wohnungen begangen werden, spricht vor allem eine Stelle des Soester Stadtrechts, welche nicht blos in der ersten Recension aus dem 11. oder 12. Jahr-

119) Cropp a. a. O. II. S. 27 ff.

120) Dollmann Entwendung S. 71. Herrmann Comment. ad Art. 159. C. C. C. p. 10.

121) Herrmann l. c. p. 12.

hunderte, sondern genau eben so in der spätern aus dem 13ten Jahrhunderte also lautet: Qui intempestate noctis silentio domum cuiusquam intraverit, et bona ipsius furtim, vel vi sibi vendicaverit, et convictus fuerit, morte punietur [122]). Nicht weniger bemerkenswerth ist eine Bestimmung des Kölner Stadtrechts vom J. 1437. Unter den besonders strafbaren Verbrechen, d. h. unter denjenigen, welche, gegenüber der sonst so auffallenden Milde dieses Rechtsbuchs, mit dem Tode belegt werden, kommt auch der Diebstahl durch Einbruch in Häuser vor. „Were aber sach", heißt es, „das nachmals einige leuth, sie weren wer sie weren, einiger burger oder eingesessen, geistlichen oder weltlichen personen, sein hauß gewältlichen aufschlüge vnd sein hab vnd güter alda nemen .... das man von all solchen leuthen nach erkantnus des gerichts offenbarlichen mit dem schwerdt richten soll" [123]). Vielleicht noch entscheidender sind die Angaben einiger Weisthümer aus dem sechzehnten und selbst noch aus dem achtzehnten Jahrhunderte. In diesen Weisthümern wird der Diebstahl in Wohnungen nicht nur als eine besondere Species hervorgehoben, sondern es wird derselbe auch wohl mit dem s. g. Nachtdiebstahle, welcher ja von jeher als auf einer höhern Stufe der Strafbarkeit stehend gegolten hat [124]), in eine Linie gesetzt. So heißt es z. B. in einem Strohner Weisthume vom J. 1510: „Were sache, dat eyne man eynen deisse ine Stroner kirspell ine syme huis eygen vnd erffe fonde vnd begreyffe, der eme dat syme stelle vnd gestolen hette .... Der man, dem dat syne genomen ist, der magh den deisse selbst hencken

---

122) Soester Stadr. bei Haeberlin Anal. med. aev. p. 510. 521.

123) Kölner Stadtr. Art. 88.

124) Wilda a. a. O. I. S. 637.

oder eynen hencker bestellen, der ine hencke" [125]). Ingleichem heißt es in einem Mörfelder Centweisthume aus dem 18. Jahrhunderte: „Item welcher bei nächtlicher zeit im feldt an frucht, gras, obst, weintrauben und andern schaden thun würde, dieweilen es ein diebisches ansehn hat, soll er zur höchsten buß gewiesen werden. Item also auch, wer dem andern in sein hauß steiget" [126]). Jedoch ungleich wichtiger als alle Zeugnisse der Art erscheinen für unsere Frage diejenigen Nachrichten, welche nicht blos von dem Diebstahle in Häusern, im Gegensatze zu dem an andern Orten reden, sondern welche den Begriff des erstern zugleich auf die Höfe und Gärten übertragen. Und daß eine solche Uebertragung, d. h. daß wirklich eine solche Identificirung der Häuser mit den zu ihnen gehörigen Höfen und Gärten auch hinsichtlich des Diebstahls bestanden und, eben so wie in dem früheren Rechte, bis zum Schlusse des Mittelalters fortgedauert hat, das läßt sich schon daraus schließen, daß in dieser ganzen Zeit ja auch der Kirchendiebstahl keineswegs auf die Kirchen als solche beschränkt war, sondern selbst in den bloßen Kirchhöfen verübt werden konnte [127]). Ging man nämlich einmal davon aus, daß, wie besonders die älteren englischen Juristen hervorheben, der Grund für die härtere Bestrafung des Kirchendiebstahls der war, daß die Kirche als das Wohnhaus Gottes (**domus mansionalis Dei**) erschien [128]), und dehnte man dann den Begriff des Ver-

---

125) Grimm Weisth. III. S. 803.

126) Grimm a. a. O. I. S. 489.

127) Sachsensp. II. 13, 4. Vermehr. Sachsensp. IV. 13, 1. Goslarer Statut. S. 38. Schwabensp. (Laßberg) Art. 174. Ruprecht. v. Freis. I. 113. 163. II. 35.

128) So z. B. Ed. Coke bei Blackstone Commentaries on the laws of England. 16. Ed. by Coleridge. London 1825. Vol. IV. p. 224.

brechens weiter auf den zur Kirche gehörigen Kirchhof aus, so mußte man beinahe nothwendig dazu kommen, auch die Grundsätze über Diebstahl in menschlichen Wohnungen auf die hiezu gehörigen Höfe und Gärten gleichfalls anzuwenden. Aber noch mehr: diese fortwährende Gleichstellung der Häuser und Höfe gerade hinsichtlich des Diebstahls läßt sich selbst daraus folgern, daß es in Ansehung jener alten Befugniß, zur Auffindung gestohlener Gegenstände von der Haussuchung Gebrauch zu machen [129]), keinen Unterschied bewirkte, ob diese Gegenstände nun wirklich in den Häusern oder ob sie blos in den Höfen aufgefunden wurden [130]). Im Gegentheile nahm man sowohl in dem einen wie in dem andern Falle an, daß der so constatirte Diebstahl eben ein handhafter und in sofern immer ein besonders strafbarer sey [131]).

Indeß wozu solche Hülfs- und Nebenargumente? Wir besitzen ja eine ziemliche Reihe von Quellenzeugnissen, die es geradezu und mit aller Bestimmtheit aussprechen, daß eben so wie der Diebstahl in Häusern auch der Diebstahl in den dazu gehörigen Höfen und Gärten ein wirklich qualificirter gewesen, und fortwährend ein solcher geblieben ist. Hierher rechne ich vor allem zwei Bestimmungen, welche auch schon Cropp anführt [132]), die ihm aber so vereinzelt scheinen, daß er es nicht wagt, eine eigentlich höhere Bedeutung ihnen beizulegen. Die eine dieser Bestimmungen steht in dem Jütischen Low, und sie lautet

---

129) Grimm Rechtsalterth. S. 639—641. Cropp a. a. O. II. S. 359—362. Wilda a. a. O. I. S. 903—905.

130) Gutalagh XLVIII. 7. „Von Haussuchung." „Bringt einer dem andern schändliches Diebsgut in seinen Hof und in sein Haus, und will ihn auf solche Art verrathen" rc. S. auch *L. Salic.* XXXVII. 4. *L. Salic. emend.* XXXVI. 4.

131) Cropp a. a. O. II. S. 364 ff. Wilda a. a. O. I. S. 886 ff.

132) Cropp a. a. O. II. S. 28. 29.

also: „Bricht jemand in eines andern Mannes Apfelgarten oder Kohlhof, und stiehlet Aepfel oder Kohl daraus, darum wird er je so wohl zum Diebe, als wenn er ihm ander Gut aus seinem Hause gestohlen hätte." [133]). Die zweite Bestimmung kommt in der s. g. Kundigen Rulle der Stadt Bremen vom J. 1450 und 1489 vor, und dieselbe lautet folgendermaßen: „Ok en schal nement uthe des anderen garden unde bevredenden hoven nemerleye poten, appele, beren edder andere vruchte nemen, dede dat jement, dat wil de rad in enen richten, dat sik des en ander huden schal [134]). Diese zweite Stelle spricht nun zwar nicht, wie die erste, von einer unmittelbarem Gleichstellung des Diebstahls in „Gärten und befriedeten Höfen" mit dem in eigentlichen Häusern. Allein wir ersehen doch mindestens so viel daraus, daß auch hiernach die erwähnte Art des Diebstahls eine vergleichungsweise härter zu bestrafende gewesen ist, oder m. a. W. wir ersehen auch hieraus wieder, daß der Diebstahl in Gärten und Höfen als ein qualificirter gegolten hat. Und diese Bestimmungen sind denn auch keineswegs, wie Cropp meint, vereinzelt, sondern sie werden durch andere Nachrichten vielmehr dergestalt unterstützt, daß wir nothwendig das Vorhandenseyn oder die Fortdauer einer allgemeinen Rechtsüberzeugung voraussetzen müssen. Gleich in dem Jütischen Low finden sich zwei Stellen, die Cropp unerwähnt gelassen hat, und die vielleicht noch wichtiger sind, als die von ihm angeführte. Die eine Stelle ist diese: „Gehet ein Mann vorsätzlich in eines andern Mannes Haus oder Hof, und bricht in's Haus, und nimmt daraus Vieh,

133) Jüt. Low III. 60, 4.

134) Bremer Kund. Rulle v. J. 1450. Art. 26. v. J. 1489. Art. 35. (Oelrichs Vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der freien Stadt Bremen. Bremen 1771. S. 723. 659.)

Kleider, Waffen oder ander Gut .... das ist Herwerk" [135]). Die andere ist folgende: „Voran, das ist Hausraub, so jemand in eines andern Mannes Gaarden i. e. Haus oder Hof gehet, und von seinem Viehe, Kleider, Waffen oder sonst andere Dinge, die eine halbe Mark Pfennig gelten und werth sind, heraus nimmt" [136]). Auf ähnliche Art sprechen die Weisthümer. So heißt es z. B. in einem Otterberger Weisthume aus dem 16. Jahrhunderte: „Item wo einer einem mutwilliger weiß sein zaun vfriß, oder vber ein zaun in garten stieg, und demselben am obs schaden zufüget, soll er dem gerichtsherren verfallen sein" ꝛc. [137]). Genau dasselbe sagt ein Weisthum von Leiningen-altorf: „Item wan einer, der seye wer er wölle, begrieffen wird, so einem andern ruben oder krautt, obs, eß seye was es wölle, clein oder groß, nichts außgenommen, auß seinem garthen neme, soll derselbig" ꝛc. [138]). Eben so erklärt das Münchner Stadtrecht: „Swer chraut oder obz auz dem garten stilt, ez sey frau oder man, bey tag oder bey nacht, schwer den begreiffet" ꝛc. [139]). Noch interessanter ist eine Stelle des Augsburger Stadtrechts. Der durch Einbruch oder durch Anwendung falscher Schlüssel verübte Diebstahl wird hier nicht nur speciell erwähnt, sondern es wird derselbe zugleich in einer Weise beschrieben, daß er keineswegs blos in eigentlichen Häusern, sondern eben so auch in allen sonstigen durch wirkliche Umzäunungen oder Mauern abgeschlossenen Orten, in „Gaden" [140]),

---

135) Jüt. Low II. 30, 1.

136) Jüt. Low II. 45.

137) Grimm Weisth. I. S. 780.

138) Grimm a. a. O. II. S. 48.

139) Münchner Stadtr. Art. 356. S. auch Tiroler Landesordn. v. 1573. Bd. VII. Tit. 16.

140) „Gaden" oder „Gadem" gehört zu demselben Stamme wie Gatter und Gitter, und es bedeutet also einen jeden durch

d. h. also gerade in Höfen und Gärten, soll verübt werden können. „Vant divbe dar", heißt es, der si vil oder lutzel, an eins mannes kålr oder an sin gadem, vnde wårdent daz brächende oder vf fliezende mit valschen sluzzeln, vindet er si daran" ꝛc. [141]). Allein bei weitem am wichtigsten ist eine Vorschrift des Kölner Stadtrechts, und zwar nicht nur darum, weil diese Vorschrift mit noch größerem Nachdruck als alle andern Zeugnisse die Bestätigung der aufgestellten Ansicht und die Widerlegung des von Cropp behaupteten Satzes ausspricht, sondern noch mehr um deswillen, weil gerade das Kölner Stadtrecht es ist, das für so viele andere Städte Mutterrecht geworden ist, weil gerade es in praktischer Hinsicht — da Köln für nicht weniger als zweiundsiebzig Schöppenstühle Oberhof war — fortwährend den größten Einfluß geübt hat, und weil gerade ihm für die gesammte Rechtsentwicklung des südlichen Deutschlands ungefähr dieselbe Stellung angewiesen werden muß, welche für die Entwicklung des norddeutschen Rechtslebens das berühmte Magdeburger Stadtrecht einnimmt [142]). Die fragliche Vorschrift lautete folgendermaßen: „Straff und poen, das niemands dem anderen in sein hauß oder hoff steigen noch brechen soll." „Item wer dem anderen, bey nacht oder bey tag, in sein hauß oder hoff steigt, den mag man halten biß an das recht, vnd die richter vnd schöffen sollen vber jhn richten als sich das dann erfind, gezimpt vnd gebürt. Vnd wolte er vngehalten sein, vnnd in der manglung sich machte, das der jehner, der also eingebrochen oder gesteigen were,

---

solche Gatter oder Gitter abgeschlossenen Raum, eine Behaltung oder ein Behältniß im weitesten Sinne. Vgl. Schwenck Wörterb. S. 220.

141) Augsburger Stadtr. S. 60.

142) Vgl. Eichhorn in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. I. S. 137. Mittermaier Grunds. d. deutsch. Privatr. 7. Aufl. I. S. 27.

gewundt oder gelämbt worden, oder todt blibe, darumb soll der jehne, dem also in sein hoff oder hauß vnd garten gestiegen oder gebrochen were, vnser statt nicht verwürckt haben, noch keinen wandell oder besserung thun der statt, dem gericht, noch niemands anders" [143]).

Durch diese Bemerkungen, und vor allem durch Verweisung auf die Vorschrift des Kölner Rechts, halte ich die Ansicht von Cropp und seiner Nachfolger für widerlegt. Ich betrachte es als ausgemacht, daß in ganz Deutschland, oder zum mindesten — wenn man, freilich mit Unrecht [144]), das Zeugniß des Jütischen Low als undeutsch verwerfen, die Bestimmung der Bremer Kundigen Rulle aber als zu isolirt stehend zurückweisen sollte —

---

143) Kölner Stadtr. Art. 85. Allerdings spricht dieser Artikel nicht wie der gleich folgende Art. 88 (Not. 123) ausschließlich von dem Diebstahle; allein daß derselbe auch auf dieses Verbrechen bezogen werden muß, ergiebt sich schon daraus, daß ja die Schöppen angewiesen werden, zu richten „als sich das dann erfind, gezimpt vnd gebürt." Durch diese Worte wird nämlich angedeutet, daß das „Einsteigen oder Einbrechen in Haus oder Hof" zwar an und für sich in sehr verschiedener Absicht geschehen könne, daß aber die Strafe selbst wieder bald auf diese bald auf jene Weise bestimmt werden müsse, je nachdem eben jene Absicht, sowie alle sonstigen Nebenumstände des Verbrechens, entweder so oder so beschaffen seyen. Ja man kann sogar noch mehr sagen. Wie verschieden nämlich die dem „Einsteigen oder Einbrechen in Haus oder Hof" zu Grunde liegende Absicht seyn mag, in den bei weitem meisten Fällen wird dieselbe doch gewiß gerade auf Diebstahl gerichtet seyn, und es läßt sich somit vermuthen, daß bei dem fraglichen Artikel zum mindesten vorzugsweise auch an dieses Verbrechen gedacht worden ist. Eben auf diese Art enthalten denn die Artt. 85 u. 88 eine sehr natürliche und gewissermaßen nothwendige gegenseitige Ergänzung: der Art. 85 bezieht sich auf den Diebstahl durch Einsteigen oder Einbrechen, der Art. 88 redet von dem Diebstahle, der mit Gewalt (also namentlich auch mit Waffen) verübt wird.

144) Vgl. Grimm in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. III. S. 117—121. Paulsen über das Studium des nordischen Rechts. Kiel 1826. S. 5—7. Wilda a. a. O. I. S. 7 bis 13.

daß in ganz Süddeutschland, bis zum Schlusse des Mittelalters und so ziemlich bis auf das Zeitalter der Bambergensis und Carolina, es durchgehender Grundsatz gewesen ist, daß der Diebstahl in Häusern, und eben so daß der in Höfen und Gärten, vorausgesetzt nur daß die letztern als wirklich integrirende Theile der erstern erschienen, für besonders strafbar, d. h. daß derselbe immer und überall für eine eigenthümliche Art des qualificirten Diebstahls überhaupt gegolten hat. Allein wie steht es nun mit der Behauptung von Herrmann, daß den italienischen Juristen vom dreizehnten bis in's sechzehnte Jahrhundert gerade diese Art des qualificirten Diebstahls unbekannt gewesen sey? Ich halte dieselbe für nicht weniger unrichtig, wie die so eben widerlegte.

Schon in dem römischen, namentlich in dem neuesten römischen Rechte, in einer Justinianischen Novelle vom J. 556, wird die Entwendung in Wohnhäusern (in domibus, ἐν οἴκῳ) nicht nur erwähnt, sondern es wird dieselbe auch, gegenüber von allen gewöhnlichen Fällen, dadurch ausgezeichnet, daß, während sonst nur körperliche Züchtigung gedroht ist, hier jedesmal eine vergleichungsweise härtere Strafe eintreten soll [145]). Aber selbst in dem frühern Rechte, schon zur Zeit der großen Juristen, finden wir diese Art der Entwendung besonders genannt [146]): die Bezeichnung für Diejenigen, welche sich

145) Nov. 134. c. 13. Pro furto autem nolumus omnino quodlibet membrum abscindi aut mori, sed aliter eum castigari. Fures autem vocamus, qui occulte et sine armis huiusmodi delinquunt: eos vero, qui violenter aggrediuntur, aut cum armis aut sine armis, in domibus, aut in itineribus, aut in mari, poenis eos legalibus subdi iubemus.

146) Paullus Rec. Sent. V. 3, 3. Collat. legg. Mos. et Rom. X. 9. L. 3. §. 2. D. de offic. praef. vigil. L. 7. §. 1. L. 52. §. 30. D. de furt. L. 11. pr. D. ad L. Jul. de vi publ. L. 1. C. de locat. et conduct. Festus (Pau-

eines solchen Verbrechens schuldig machten, scheint schon damals in dem gewöhnlichen Leben effractarii gewesen zu seyn [147]); in der technischen Sprache hießen sie effractores [148]), das Verbrechen selbst effracturae crimen [149]). Ja die Hauptverschiedenheit zwischen dem älteren und neueren Rechte lag eigentlich blos darin, daß in diesem nun das Verbrechen unter den Gesichtspunkt des (gewaltsam verübten) Raubs, nicht aber mehr, wie dieses bei den alten Effractores der Fall gewesen war [150]), unter den des Diebstahls gestellt wurde. Jedoch selbst diese Verschiedenheit bezog sich am Ende mehr auf den Ausdruck, als auf die Sache. Schon zur Zeit der Classiker war es nämlich Grundsatz, daß, was die zum Wesen des Raubs erforderte Vergewaltigung (vis) angeht, keineswegs immer eine wirkliche Anwendung derselben nothwendig sey, sondern daß vielmehr, eben so wie bei dem crimen vis überhaupt [151]), schon eine jede Handlung genüge, wodurch der Verbrecher nur zu erkennen giebt, daß er die Absicht habe, für den Fall eines ihm zu leistenden Widerstands, diesen zu überwinden, und erst damit dann zu einem eigentlichen Gewaltgebrauch zu kommen [152]). Offenbar ist nun

---

lus Diaconus) ed. Mueller p. 378. *Vecticularia* vita dicitur eorum, qui vectibus parietes alienos perfodiunt furandi gratia. S. auch Juvenal. Satir. III. 302 sqq.

147) Seneca Epist. 68.

148) Collat. legg. Mos. et Rom. VII. 4, 2. L. 3. §. 1. D. de offic. praef. vigil. L. 1. D. de fur. balnear. L. 1. §. 2. L. 2. D. de effractor. L. 16. §. 5. D. de poen.

149) L. 48. D. de bon. libert.

150) Breitenbach, das Verbrechen des Raubes nach Römischem Rechte. München 1839. S. 36. 37. Schwarze Comment. de crimine rapinae. Dresdae 1839. p. 20. not. 74.

151) Wächter im N. Arch. d. Crim. R. XI. S. 639.

152) Breitenbach a. a. O. S. 32—47. Schwarze l. c. p. 20—23.

aber nichts natürlicher, als daß gerade Derjenige, welcher mit diebischer Absicht in fremde Wohnungen eindringt, dieses, wenn auch vielleicht nicht als Regel, doch jedenfalls sehr häufig mit dem Entschlusse thun wird, durch einen etwaigen Widerstand sich in seinem Vorhaben nicht stören zu lassen, sondern dasselbe auch troß dieses Widerstands, also gerade auf gewaltsame Weise, durchzuführen. Und eben um deswillen müssen wir es denn schon als in dem Geiste der classischen Jurisprudenz für begründet halten, daß der Diebstahl in Wohnungen, und zwar selbst unter der Voraussetzung, wenn eine wirklich persönliche Gewalt nicht Statt gefunden hatte, unter den Gesichtspunkt des Raubs gestellt worden ist; ja es muß uns hiernach ganz natürlich erscheinen, wie schon Ulpian, unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles, sagen durfte, daß sogar in unbewohnten Gebäuden (in domo, in qua nemo est) ein Raub geschehen könne [153]), und wie Caracalla, gleichsam als ob dieses das regelmäßige Verhältniß bei einer effractura überhaupt sey, von der effractura latronum reden konnte [154]). In der That stand das Verbrechen des Raubs schon im Sinne des classischen römischen Rechts dem Diebstahle bei weitem näher, als dieses nach unsern heutigen Begriffen der Fall ist [155]): und wenn Justinian, vielleicht im Hinblick auf einzelne ihm besonders nahe liegende Erscheinungen, in seiner Verordnung vom J. 556 die Entwendung in Wohnungen sogar ausschließlich vom Gesichtspunkte des Raubs auf-

153) L. 52. §. 30. D. de furtis. Vgl. Wächter a. a. O. XI. S. 643 – 645.

154) Collat. legg. Mos. et Rom. X. 9. L. 1. C. de locat. et conduct.

155) Daher werden denn auch die Ausdrücke fures und raptores bisweilen als gleichbedeutend gebraucht. Paulus Rec. Sent. V. 3, 5. Fures vel raptores balnearum plerumque in metallum aut in opus publicum damnantur.

gefaßt hat, so darf uns dieses keineswegs überraschen. Allein freilich müssen wir gerade diese eigenthümliche Auffassungsweise festhalten, um die Theorie der spätern italienischen Criminalisten zu verstehen, und um es begreiflich zu finden, wie dieselben, oder wenigstens die Mehrzahl von ihnen, dazu kommen konnten, diese ganze Art der Entwendung von dem Begriffe des Diebstahls auszuscheiden. In Wahrheit nämlich — und eben dieses scheint man bisher übersehen zu haben — war es eine feststehende Ansicht beinahe sämmtlicher italienischen Criminalisten bis in das sechzehnte Jahrhundert [156]), daß die Entwendung durch Einbruch nicht als Diebstahl, sondern als Raub zu betrachten sey [157]).

Schon die Glossatoren stellten bei Gelegenheit der vorhin (Not. 153) erwähnten Aeußerung Ulpian's den Satz auf, daß die Entwendungen in Wohnhäusern als Raub zu gelten hätten, in sofern nur so viel gewiß sey, daß der Verbrecher auch dann seinen Vorsatz auszuführen gesucht habe, wenn ihm hier wirklich Jemand entgegengetreten wäre und seinen Angriff zurückzuweisen sich bemüht habe [158]). Die Nachfolger der Glossatoren drückten dieses noch allgemeiner aus, indem sie sagten: **Rapina fit et vi et sine vi, ita tamen ut eam committentes parati sint vim inferre** [159]). Ja selbst noch die

---

156) S. selbst noch Renazzi Elementa iuris criminalis. 8. Ed. Bononiae 1826. Tom. V. p. 161. Caeterum personae, quas hactenus enumeravimus, (sc. qui furandi causa fores pertentant, effringunt aedes, muros perfodiunt hamis, uncinis, vectibus,) idcirco furti qualificati tenentur, quia vim adhibentes potius videntur raptoribus adnumerandi, quam furibus.

157) Ueber die Ansichten der italienischen Criminalisten hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Diebstahl und Raub überhaupt s. auch Schwarze l. c. p. 74—76.

158) Gloss. ad L. 54. (L. 52. §. 30.) D. de furtis.

159) Aeg. Bossius Tractatus varii. Tit. De furtis. n. 5. (Ed. recent. Venetiis 1570. Fol. 1646.)

Schriftsteller des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts haben es fortwährend als eine Eigenthümlichkeit des römischen Rechts hervorgehoben, daß die Entwendung durch Einbruch hier nicht als Diebstahl, sondern als Raub angesehen werde [160]). Nach dieser Auffassungsweise aber ist es sehr natürlich, daß man nun auch in der angeführten Novelle Justinian's gar nichts Besonderes erblickte, und daß namentlich auch schon die Glossatoren sich kaum aufgefordert fühlen konnten, zu deren Erklärung eine wirkliche Anstrengung zu machen. Alles was dieselben thaten, beschränkte sich darauf, daß sie jene Novelle zu einer eigenen Authentica umgestalteten, und diese dann in den Codex einschalteten [161]). Ja auch den spätern Schriftstellern, den Criminalisten des dreizehnten und der nächstfolgenden Jahrhunderte, kam die Sache so klar und einfach vor, daß es uns nicht wundern darf, wenn es Manche derselben nicht einmal für nothwendig erachteten, den fraglichen Punkt immer wieder speciell zu berühren. Allein daß dieselben, wie Herrmann (Not. 121.) behauptet, gar nicht darauf gesehen hätten, ob eine Entwendung innerhalb oder außerhalb menschlicher Wohnungen, mit oder ohne Einbruch, geschehe, ist ein Irrthum. Die italienischen Criminalisten vom dreizehnten bis in's sechzehnte Jahrhundert wurden so durchaus von dem Einflusse des römischen Rechts und von den Ansichten der Glossatoren beherrscht, daß sie — man darf es wohl behaupten — zum mindesten da, wo ihnen, wie in der angeführten Novelle und Authentica, ein so unzweideutiges Zeugniß hierüber vorlag, es nicht einmal wagen konnten, von demselben sich zu entfernen. Aber noch mehr: die

160) Matthaeus de crimin. XLVII. 2, 1. n. 1. Cremani de jure criminali. Ticini 1791 — 1793. Vol. II. p. 395.

161) *Auth.* Sed novo iure C. de serv. fugit.

fraglichen Schriftsteller waren nicht blos durch ihre Stellung zum römischen Rechte und durch ihre Abhängigkeit von den Glossatoren gezwungen, gleichsam schon von vorn herein und so lange sie nicht durch besondere Particularrechte zum Gegentheil genöthigt wurden, die Entwendung in Wohnhäusern als eine Art des qualificirten Diebstahls oder vielmehr, nach der damals gewöhnlichen Auffassung, als eine Art des Raubs anzuerkennen, sondern sie haben sie auch wirklich als solche anerkannt, und durch Berufung auf eine constante Praxis und mindestens theilweise auf die ausdrückliche Sanction mehrerer einzelnen Statute gegen jeden Zweifel festgestellt [162]). So sagt Bonifacius de Vitalinis: Latrones autem, qui in itineribus aut domibus, vel cum armis vel sine armis, homines per vim spoliant et derobant, sunt famosi. Illi debent laqueo suspendi in locis, ubi tales robarias fecerunt, (L. 28. §. 15. D. de poen. Auth. Sed novo iure C. de serv. fugit.) et ita de consuetudine observatur [163]).... Alii autem, qui sunt participes in crimine, et eis publicis furibus vel latronibus dant opem scienter frangendo, vel accommodando scalas vel ferramenta, puniuntur corporaliter [164]). Eben so sagt Aegidius Bossius: Ad quod respicientes statuentes nostri in criminalibus, sub

162) Daher ist es denn auch ganz begründet, worauf Herrmann l. c. p. 13. not. 1. als auf eine historische Unrichtigkeit aufmerksam macht, wenn Mittermaier in d. Anmerkk. zu Feuerbach's Lehrb. 13. Ausg. S. 474. sagt: „Auch bei den italienischen Statuten und Praktikern war diese Art des Diebstahls ausgezeichnet."

163) Bonifacius de Vitalinis Tractatus super maleficiis. Rubr. De furtis robariis et latrociniis. n. 10. (Hinter Angelus Aretinus Tractatus de maleficiis. Venetiis 1573. Fol. 411b.)

164) Bonifacius de Vitalinis l. c. Rubr. De furibus, latronibus et robatoribus. n. 8. 26. Fol. 459.

rubrica de robaria et sacho commisso in domibus habitatis, magnam poenam talibus rapinis posuerunt [165]). In ähnlicher Weise äußert sich Menochius: Solent gravius puniri effractores, quam simplices fures ... immo capitis poena aliquando puniuntur. Papiae quidem statutum extat de poena frangentis domum, indicens poenam pecuniariam; ego vero statutum istud intelligo, quum solum fregit, non autem furtum commisit [166]). Nicht weniger deutlich spricht Julius Clarus: Ascendendi cum scalis ad domum alienam qualitas aggravat principali delictum, ita ut gravius puniatur, sive sit ex causa amoris, sive ex causa furandi, sive aliud maleficium committendi [167]). In einem Zusatze zu dieser Stelle bemerkt Bajardus: Adde, quod fur committens furtum cum scalis, si meretur poenam fustigationis propter furtum, per hanc qualitatem, quod furatus est cum scalis, debet puniri ad triremes per quinquennium [168]). Noch allgemeiner drückt sich Farinacius aus: Poena effractoris, hoc est furtum facientis cum fractura ostii domus, vel capsae, quae sit? Dic quod licet fractura faciat furtum gravius, attamen non punitur poena mortis [169]). Es dürfte nicht schwer fallen, die Zahl die=

---

165) Aeg. Bossius Tractatus varii. Tit. De rapinis. n. 9. Fol. 169.

166) Menochius de arbitrariis iudicum quaestionibus II. 299. n. 4. 5. S. auch II. 296. n. 1 sqq. Fures balnearii iudicis arbitrio puniuntur ... attamen non graviori poena afficiendi sunt, quam effractores et nocturni fures, qui in domibus surripiunt: nam et ii effractores ad opus publicum, vel certo tempore vel perpetuo, damnantur, interdum etiam graviori poena plectuntur.

167) Jul. Clarus Practica criminalis. qu. 68. n. 4.

168) Baiardus ad Julii Clari Pract. crim. qu. 68. n. 12.

169) Farinacius Praxis criminalis. qu. 167. n. 21 sqq.

ser Anführungen noch bedeutend zu vermehren [170]). Aber schon die vorgelegten werden genügen, um meine Behauptung zu rechtfertigen, und eben damit denn die Ansicht von Herrmann, gleich wie die vorhin besprochene von Cropp, als eine irrthümliche nachzuweisen.

Fassen wir jetzt das Resultat der bisherigen Erörterungen nochmals zusammen, so ist das endliche Ergebniß folgendes. Grammatisch angesehen bezeichnet das Wort „behaltung" überhaupt jeden abgeschlossenen, d. h. jeden zum Halten oder Bewahren bestimmten Ort, und es kann dasselbe eben sowohl einen Hof oder Hofraum, wie jedes andere Behältniß bedeuten. In dem Zusammenhange jedoch, worin das Wort im Art. 159 der P. G. O. steht, und vor allem wegen seiner alliterirenden Verbindung mit „behausung", muß es die Bedeutung von Hof haben, der Ausdruck „behausung oder behaltung" muß denselben Begriff enthalten, wie der sonst so häufig vorkommende „Haus oder Hof." Was den juristischen Gesichtspunkt angeht, so finden wir, daß das Verbrechen, wovon der angeführte Artikel redet, d. h. daß gerade der Diebstahl in Wohnhäusern zu allen Zeiten als vorzüglich strafbar, als eine Species des s. g. qualificirten Diebstahls gegolten hat, sowie überdies, daß diese vergleichungsweise größere Strafbarkeit hier nicht allein den Diebstahl in eigentlichen Häusern, sondern genau in derselben Weise

170) Farinacius (Not. 169) beruft sich hier auf eine lange Reihe von Autoritäten, deren Benutzung mir im Augenblicke leider nicht möglich ist: so namentlich auf Angelus Aretinus (Comm. in Auth. Sed novo iure C. de serv. fugit.), Alexander de Imola, Capolla. Er schließt seine Aufzählung mit der Bemerkung: Ex quibus negari non potest communiter receptum esse, quod effractores puniuntur, pro facti et personarum qualitate, poena arbitraria, ac nusquam qui furantur sine fractura.

auch denjenigen umfaßt hat, der in den zu diesen Häusern gehörigen Höfen oder Hofräumen verübt wird. Diese Ansicht — die Gleichstellung des Diebstahls in Häusern und Höfen, und insbesondere dessen härtere Bestrafung im Vergleich mit den übrigen Fällen — finden wir schon in den alten Volksrechten. Nicht weniger bestimmt tritt sie uns in den Rechtsquellen des spätern Mittelalters entgegen, und zwar so ziemlich bis auf das Zeitalter der Carolina herab, zum Theil noch weit über dieses Zeitalter hinaus. Ja selbst bei den damaligen italienischen Schriftstellern, welche jetzt noch als die alleinigen Träger der criminalrechtlichen Doctrin erschienen, wiederholt sich der nämliche Gedanke. Auch ihnen gilt die Entwendung durch Einbruch als eine besonders strafbare; und blos das ist hier eigenthümlich, daß sie, verleitet durch die Auffassung des römischen oder wenigstens des spätern römischen Rechts, dieselbe gewöhnlich nicht unter den Gesichtspunkt des Diebstahls, sondern unter den des Raubs stellen [171]).

Ist jedoch alles dieses richtig, so frage ich, ob es wohl wahrscheinlich sey, daß Schwarzenberg diese so all-

---

171) Dieselbe Auffassungsweise, die Zusammenstellung des Diebstahls in Wohnhäusern mit dem Raube (robbery) und beziehungsweise die Entgegensetzung desselben zu dem sonstigen Diebstahle (larceny), finden wir auch noch in dem heutigen englischen Rechte. Blackstone Comment. IV. p. 238. Mixed or compound larceny is such as has all the properties of simple larceny or theft, but is accompanied with either one, or both, of the aggravations of a taking from one's house or person. Russell Treatise on crimes and misdemeanors. 2. Ed. London 1826. 1828. Vol. II. p. 92. Larceny signifies the violation of the property of another by theft, where the property is not taken from the house, or the person of the owner, under such circumstances of aggravation as have been noticed in the preceding chapters of robbery. S. auch Hume Comment. I. p. 98.

gemeine und ihn von allen Seiten umgebende [172]) Ansicht habe verlassen, oder dieselbe auch nur in irgend einer Weise habe umgestalten wollen. Wäre dieses seine Absicht gewesen, hätte er auch nur in dieser oder jener Beziehung ein wirklich neues Recht schaffen wollen, so würde er sich auf jeden Fall anders ausgedrückt haben, als es in dem Art. 159 geschehen ist. So wie dieser Artikel lautet, ist es geradezu unmöglich, daß derselbe einen andern Zweck haben kann, als den einer bloßen Wiederholung, einer einfachen Bestätigung der bisherigen Ansicht. Die Worte „behausung oder behaltung" müssen hier so viel als „Haus oder Hof" bedeuten; und es ist gewiß falsch, wenn man noch neuerlich die Behauptung aufgestellt hat [173]), Schwarzenberg habe in dem genannten Artikel einen Grundsatz ausgesprochen, der dem damaligen Rechte Deutschlands fremd gewesen sey, und wofür selbst in den Schriften der italienischen Criminalisten sich höchstens eine Analogie, keineswegs aber ein directer Anhaltspunkt oder eine eigentliche Basis entdecken lasse. Wenn wir es jedoch in der That hier mit einer Bestimmung zu thun haben, welche schlechthin nur dem älteren und gerade zur Zeit der Carolina noch überall bestehenden Rechte entlehnt ist, so versteht es sich von selbst, daß wir dieselbe auch unbedingt in dem Sinne dieses älteren Rechts auffassen müssen. Und

---

172) Daß die Ansicht namentlich auch in den Niederlanden bestanden hat, wird von einem Zeitgenossen Schwarzenberg's bezeugt. Damhouder Prax. rer. crim. c. 110. n. 47. Alii fures vocantur improbiores, quorum quidam effractores dicuntur, qui cum effractura et ascensu in domum alicuius furantur: eae circumstantiae furti poenam augent, furesque maxime gravant. S. auch Matthaeus de crimin. XLVII. 1, 3. n. 8. (Ad Tit. XXXIX. Stat. Ultraiect.) Postremo modus admissi crimen exasperat, si aut claustris fractis, aut pariete perfosso furtum factum sit. Concurrunt enim his casibus quasi crimina duo, nempe vis, et furtum.

173) Herrmann l. c. p. 16—19.

da es nun bisher, wie aus allen vorausgehenden Bemerkungen sich ergiebt, durchgreifendes Princip gewesen war, daß nicht etwa die Gebäude als solche, sondern daß sie lediglich unter der Voraussetzung einen besondern Schutz genießen, d. h. daß alle und jede Verbrechen, und in sofern denn auch die Diebstähle blos unter der Voraussetzung für besonders strafbar gelten sollten, wenn sie in wirklichen Wohnhäusern oder in den zu diesen gehörigen Hofräumen begangen würden [174]): so ist es klar, daß wir auch in unserm Artikel den Worten „behausung oder behaltung" keinen andern Sinn unterlegen dürfen, sondern auch hier dieselben in der Weise verstehen müssen, daß ein qualificirter Diebstahl durch Einbrechen rc. nicht, wie unsere neueren und neuesten Schriftsteller annehmen, in allen und jeden Gebäuden, sondern ausschließlich in denjenigen möglich ist, welche entweder selbst zum Aufenthalte von Menschen bestimmt, oder welche doch gerade mit solchen in einer Art verbunden sind, daß beide als ein zusammengehöriges und in Wahrheit unzertrennliches Ganze sich darstellen. Ja unter der letzten Voraussetzung ist es nicht einmal nothwendig, daß das Verbrechen in Gebäuden Statt gefunden hat, sondern es kann dasselbe eben so wohl an allen andern Orten verübt werden, vorausgesetzt nur, daß diese Orte in Folge einer gemeinschaftlichen Mauer, eines gemeinschaftlichen Zauns oder Grabens, als eigentlich integrirende Theile der fraglichen Wohnhäuser erscheinen. Gerade hinsichtlich dieses Satzes, hinsichtlich der Beschränkung des Art. 159 auf eigentliche Wohnhäuser und deren Pertinenzen, also gerade hinsichtlich derjenigen Seite meiner Ansicht, wodurch dieselbe von der bisher

174) Im Gegensatze zu den eigentlichen Wohnhäusern werden alle übrigen Gebäude auch wohl mit dem Ausdrucke „wüste Häuser" bezeichnet. Goslarer Statut S 66. Vgl. Göschen die Goslarischen Statuten. Berlin 1840. S. 313—315.

angenommenen sich aufs schärfste unterscheidet, erlaube ich mir jedoch, und sey es vielleicht auch fast zum Ueberflusse, noch auf einen andern Umstand aufmerksam zu machen.

Schon oben habe ich gesagt, daß die germanische Idee von der Heiligkeit und Unverletzlichkeit des Hauses sich nirgends in dem Grade und in dem Umfange erhalten habe, wie in dem heutigen englischen und schottischen Rechte. Durch specielle Anwendung dieser Idee auf das Verbrechen des Diebstahls hat sich in dem ersten die Lehre von **burglary**, in dem zweiten die von **housebreaking** entwickelt. Die Betrachtung der desfallsigen Grundsätze gewährt nun aber nicht blos das Interesse, welches die Vergleichung verschiedener Rechte überhaupt darbietet [175]), sondern es haben diese Grundsätze noch eine bei weitem näher liegende und unmittelbarere Wichtigkeit für uns. Gerade weil hier das englische und schottische Recht der germanischen Anschauungsweise treu geblieben ist, können und müssen wir natürlich in diesen beiden Rechten auch die Erklärung und, wenn unsere einheimischen Quellen schweigen sollten, sogar die theilweise Ergänzung unseres deutschen Rechts selbst suchen. Aber welches sind die Grundsätze über das englische **burglary** und das schottische **housebreaking**? Ich beschränke mich auf einige Andeutungen über **burglary** [176]). Sämmtliche Schriftsteller stim-

175) Allerdings aber müssen solche Vergleichungen in einem ganz andern Sinne angestellt werden, als dieses gerade von Denjenigen geschehen ist, welche bis jetzt noch fast allein sich damit beschäftigt haben. Klenze in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. VI. S. 115. „Wenig Dinge sind, richtig genommen, so schwierig als Vergleichung von Sprache, Sitten oder irgend Erscheinungen der geschichtlichen Entwicklung unseres Geschlechts bei verschiedenen Völkern und in verschiedenen Zeiten; wenig Dinge so leicht, wenn der Spielerei nicht ernste Schranken gesetzt werden.“ S. auch Savigny ebendas. III. S. 5—8.

176) Ueber das schottische housebreaking: Hume Comment. I. p. 98—104.

men darin überein, daß zum Begriffe dieses Verbrechens ein mansion-house oder, wie man sich jetzt gewöhnlich ausdrückt, ein dwelling-house erfordert wird. An der Nothwendigkeit dieses Erfordernisses, d. h. an der Nothwendigkeit des Requisits eines sowohl seinem ursprünglichen Zweck als seinem wirklichen Gebrauch nach zum bleibenden Aufenthaltsorte von Menschen bestimmten Gebäudes halten die englischen Juristen mit wahrhaft eiserner Consequenz fest, und sie entwickeln dieses Requisit mit einer wirklich bis in das kleinste und minutiöseste Detail gehenden Genauigkeit. Ohne Verletzung eines dwelling-house, sagen sie, giebt es kein burglary; jede Verletzung der Art, und sollte sie auch nur auf die Pertinenzen des dwelling-house sich beziehen, ist burglary. Hieraus folgt denn zunächst so viel, daß hinsichtlich aller derjenigen Orte, welche entweder, wie z. B. Kisten oder Kasten (chests), zum Aufenthalte von Menschen gar nicht dienen können, oder welche, wie z. B. einzeln stehende Scheunen, Schoppen, Gartenhäuser, Zelte, Buden, wenigstens ihrem ursprünglichen Zwecke nach hiezu nicht bestimmt sind, die Möglichkeit eines burglary als ausgeschlossen erscheint; und zwar selbst dann, wenn vielleicht zufällig in diesen Buden, Zelten rc. zur Zeit des Verbrechens sich Menschen sollten aufgehalten haben [177]). Eben so aber ergiebt sich hieraus weiter, daß von dem Verbrechen auch dann keine Rede seyn kann, wenn es sich von Gebäuden handelt, die zwar an sich zur Wohnung von Menschen dienen sollen, in der That aber gerade im Augenblicke des Verbrechens hiezu

177) Hawkins Treatise of the pleas of the crown. 8. Ed. by Curwood. London 1824. Vol. I. p. 136. Ss. 35. Tomlins Law-Dictionary s. v. Burglary n. 2. Russell Crimes and misdemeanors II. p. 13. Burglary cannot be committed by breaking into any inclosed ground, or any booth, or tent, erected in a market, or fair, though the owner may lodge therein; for the law regards

nicht benutzt werden [178]). Daher fällt denn die Annahme eines burglary insbesondere dann hinweg, wenn die fraglichen Gebäude entweder noch unvollendet, oder wenn sie einer so umfassenden Reparatur unterworfen seyn sollten, daß ihre bisherigen Bewohner sie wenigstens einstweilen verlassen haben [179]). Ja selbst unter der Voraussetzung gilt das Verbrechen für unmöglich, wenn die Gebäude zwar schon in jeder Hinsicht vollendet, deren Eigenthümer aber, oder, wenn es sich von Miethwohnungen handelt, deren Miethsleute noch nicht wirklich eingezogen sind; und zwar selbst in dem Falle, wenn jene Eigenthümer oder Miethsleute bereits einen Theil ihrer Effecten in die Gebäude gebracht, und zum Schutze derselben etwa dritte (fremde) Personen hier bereits geschlafen haben sollten [180]). Da-

---

thus highly, nothing but permanent edifices; and the lodging of the owner in so frail a tenement no more makes it burglary to break it open than it would be to uncover a tilted waggon, in the same circumstances.

178) Chitty Treatise on the criminal law. London 1816. Vol. III. p. 1091. Russell l. c. II. p. 16 sqq.

179) Hawkins, l. c. I. p. 133. It has been held, that burglary cannot be committed in a house under repair, although part of the property of its owner be there deposited; for until he take possession with intent to inhabit, it is not his mansion or dwelling-house. So also it has been ruled, that burglary cannot be committed in an unfinished house, if neither the owner nor his servants have taken possession of it, although one of the workmen of the owner sleep therein for the purpose of protecting it.

180) Russell l. c. II. p. 17. The prisoner was indicted for a burglary in the dwelling-house of a Mr. Holland, and it appeared in evidence that the house was newly built and finished in every respect, except the painting, glazing, and the flooring of one garret; that a workman, who was constantly employed by Mr. Holland, slept in it for the purpose of protecting it, but that no part of Mr. Holland's domestic family had taken possession of it: *the court* held that it was not the dwelling-house of *Mr. Holland*. . . . Where the owner of the house has no

gegen macht es aber auf der andern Seite keinen Unterschied, d. h. das Verbrechen des burglary ist auf der andern Seite allerdings möglich, wenn die Eigenthümer oder Miethsleute blos vorübergehend und, wie man sagt, animo revertendi sich entfernt haben [181]), während freilich, wenn diese Entfernung von der Art seyn sollte, daß, wie z. B. bei Land- oder Sommerhäusern, wenigstens eine bestimmte und vergleichungsweise längere Zeit hindurch an eine Rückkehr gar nicht gedacht wird, das Verbrechen wieder als ausgeschlossen erscheint [182]). Jedoch nicht genug, daß die Verletzung des dwelling-house selbst den Diebstahl zum burglary erhebt, das nämliche gilt auch dann, d. h. auch unter der Voraussetzung hält das eng-

intention of going to reside in it himself, and merely puts some person to sleep there at nights till he can get a tenant, the same rule is established; and the house, under such circumstances, cannot be considered as the dwelling-house of the owner.

181) Russell l. c. II. p. 18. The owner of a house in Westminster, in which he dwelt, took a journey into Cornwall, with intent to return; and sent his wife and family out of town, and left the key with a friend to look after the house; and, after the had been gone a month, no person being in the house, it was broken open in the night, and robbed. A month afterwards, the owner returned whit his family, and again inhabited there. This breaking was holden to be burglary.

182) Russell l. c. II. p. 18 sq. The prisoners were indicted for a burglary in the dwelling-house of a Mr. Fakney,; and stealing divers goods. It appeared by Mr. Fakney's evidence, that he made use of the house in question, which was situated at Hackney, as a country-house, in the summer time,, his chief residence being in London; that about the end of the summer before the offence was committed, he removed with his whole family to London, and brought away a considerable part of his goods; and that in the November following his house was broken open, and in part rifled. . . The court was of opinion that the house could not be deemed the dwelling-house of the prosecutor at the time the fact was committed; and accordingly directed the jury to acquit the prisoners of the burglary, which they did.

lische Recht den Begriff des burglary für begründet, wenn die Verletzung blos auf den s. g. Hofraum, d. h. auf jene als eigentliche Pertinenzstücke des Wohnhauses erscheinenden Nebengebäude, ja überhaupt auf irgend einen jener Orte oder Räume sich bezieht, die mit dem Hause in einer Art verbunden sind, daß sie als wirklich integrirende und unzertrennliche Bestandtheile desselben sich darstellen [183]). Blos dann, wenn diese Pertinenzqualität wieder aufgehoben wird, wenn also jene Nebengebäude oder sonstigen Räume von dem Hause getrennt und, wie z. B. durch Vermiethung eines Kellers, einer Scheune, eines Waarenhauses, einer Werkstätte, als selbstständige Ganze benutzt werden, hört das Verbrechen auf, unter den Gesichtspunkt des burglary zu fallen [184]).

---

183) Blackstone l. c. IV. p. 225. If the barn, stable, or warehouse, be parcel of the mansion-house and within the same common fence, though not under the same roof or contiguous, a burglary may be committed therein; for the capital house protects and privileges all its branches and appurtenants, if within the curtilage or home-stall. Chitty l. c. III. p. 1092. Eine nähere Bestimmung, respective eine theilweise Modification dieses Grundsatzes ist erst in der neuesten Zeit durch ein Gesetz vom 21. Juni 1827 (Stat. 7 et 8 Geo. IV. c. 29. s. 13.) erfolgt. Ein Abdruck dieses Gesetzes findet sich bei Stephen Summary of the criminal law. London 1834. p. 377—402. Die treffende Stelle lautet: Provided always, and be it enacted, that no building, although within the same curtilage with the dwelling-house, and occupied therewith, shall be deemed to be part of such dwelling-house for the purpose of burglary, unless there shall be a communication between such building and dwelling-house, either immediate, or by means of a covered and inclosed passage leading from the one to the other.

184) Hawkins l. c. I. p. 134. 135. Russell l. c. II. p. 14. Though a shop may be, and usually is, a parcel of the dwelling-house to which it is attached; yet if the owner of the dwelling-house let the shop to a tenant who occupies it by means of a different entrance from that belonging to the dwelling-house, and carries on his bussiness in it, but never sleeps there, it is not

Ich habe diese Grundsätze des englischen Rechts nicht blos um deswillen hervorgehoben, weil sie in ihrer Fortdauer bis auf den heutigen Tag den alleranschaulichsten Beweis für die ursprünglich dem gesammten germanischen Rechte zu Grunde liegende Idee abgeben, sondern, wie gesagt, auch um deswillen, weil wir in ihnen und in ihrer mit solcher Consequenz festgehaltenen Durchführung eine theilweise Ergänzung unseres eigenen Rechts erblicken. Auf jeden Fall glaube ich sagen zu dürfen, daß wenn man diese Grundsätze sich immer gehörig vergegenwärtigt, und namentlich den Zusammenhang zwischen englischen und deutschen Rechtsansichten sich immer gehörig klar gemacht hätte, so würden wir mit allen jenen Streitigkeiten und Verirrungen, welche sich in dieser Hinsicht an die Bestimmungen der Carolina angeknüpft haben, verschont geblieben seyn Anstatt die Erklärung unseres Art. 159 aus dem römischen Rechte, oder gar aus willkürlichen, zum mindesten einer ganz andern Zeit und ganz andern Verhältnissen angehörigen Voraussetzungen zu versuchen, wäre es besser gewesen, sich hier einfach an dasjenige zu halten, was uns die Engländer über ihr burglary sagen [185].

---

a place in which burglary can be committed, if there be no internal communication with the other part of the house; for it is not parcel of the dwelling-house of the owner, who occupies the other part, being so severed by lease; nor is it the dwelling-house of the lessee; when neither he nor any of his family ever sleep there.

185) Ueberhaupt ist es zu bedauern, daß unsere Schriftsteller gerade dem englischen Strafrechte so wenig Aufmerksamkeit schenken. Daß ein Criminalprocessualist heut zu Tage auch den englischen Proceß kennen müsse, wird allgemein gefordert; und es giebt wohl nur noch Wenige, die sich dieser Forderung zu entziehen suchen. Aber dessen ungeachtet steht das englische Strafrecht uns bei weitem näher als der englische Strafproceß. Während dieser nur, wegen seines principiellen Gegensatzes, für den Legislator als wichtig erscheint, hat jenes, oder haben wenigstens sehr viele Lehren desselben, wegen ihrer innern Uebereinstimmung mit unseren heimischen Ansichten, ein un-

Mit diesen Bemerkungen könnte ich schließen. Die Beschränkung des Art. 159 auf wirkliche Wohnhäuser, seine Unanwendbarkeit hinsichtlich aller sonstigen Gebäude und noch mehr natürlich hinsichtlich der bloßen Kisten, Koffer, Schränke u. dgl., sowie andern Theils seine Ausdehnung auf den gesammten zu jenen Wohnhäusern gehörigen Hofraum, und somit denn mein ganzes, gleich anfangs aufgestelltes Beweisthema, glaube ich jetzt dargethan zu haben. In der That aber drängt sich hier eine andere Frage auf, deren Beantwortung wir unmöglich abweisen können, die Frage, ob denn diejenige Ansicht, welche sich bisher als die richtige für die Carolina ergeben hat, auch für unser dermaliges Recht als solche anerkannt werden muß. Für jene ganze Classe von Juristen freilich, die, wie ich schon oben sagte, in unserm gemeinen Rechte nichts weiter erblicken, als eine mit dem Erscheinen der Carolina abgeschlossene, seitdem aber schlechthin ruhende und bewegungslos gewordene Masse, kann die Bejahung der Frage keinem Zweifel unterliegen. Geht man dagegen von der Ueberzeugung aus, daß unser Recht etwas Lebendiges, ein in steter Entwicklung und Veränderung begriffener Organismus ist, so erscheint die Antwort keineswegs so einfach, sondern wir müssen jetzt nothwendig eine eigene Untersuchung darüber anstellen, ob denn wirklich jene Ansicht der Carolina auch in unser neueres und neuestes Recht übergegangen, oder ob vielmehr und welche Veränderung in dieser Hinsicht eingetreten ist.

---

mittelbar historisches und in sofern ein wirklich praktisches Interesse. Blos einige Schriftsteller, namentlich Birnbaum, Mittermaier, und ganz besonders Escher, machen hier eine Ausnahme. Allein vielleicht liegt auch in dieser Benutzung des englischen Rechts der Hauptgrund, weßhalb das Buch des Letztern (die Lehre von dem strafbaren Betruge und *von der* Fälschung. Zürich 1840) eine so allgemeine Beachtung und Anerkennung gefunden hat.

Was zunächst die Criminalisten aus dem sechzehnten und dem Anfange des siebzehnten Jahrhunderts angeht, so wird Niemand, dem die Schriften derselben aus eigenem Studium und nicht blos von Hörensagen bekannt sind, gerade von ihnen, oder jedenfalls von der Mehrzahl derselben, auch nur den Versuch einer selbstständigen Theorie erwarten. Sie beschränken sich fast durchgängig auf wörtliche Abschriften, höchstens auf Umschreibungen, Auszüge oder mehr oder weniger treue Uebersetzungen der Carolina, und von einer eigentlichen Erklärung, oder gar von einer Fortbildung des hier gebotenen Stoffs, findet sich noch kaum eine Spur [186]). Unter diesen Umständen läßt es sich denn schon von vorn herein erwarten, daß, was namentlich den Art. 159 betrifft, man wenigstens während der ersten funfzig oder sechzig Jahre noch nicht einmal daran dachte, denselben in einem neuen, d. h. in einem andern als dem bisher entwickelten richtigen Sinne zu verstehen. Selbst die Uebersetzung von Gobler (Not. 24), die man freilich so häufig für die entgegengesetzte, wenn man sie so nennen will, Grolman'sche Ansicht (Not. 26) zu citiren pflegt, enthält eine Bestätigung hiefür. Auf jeden Fall, glaube ich, ist diese Uebersetzung viel zu unbestimmt, um sie in der bisher angenommenen Weise verstehen zu müssen, und zum mindesten können die hier gebrauchten Worte auch gerade dasjenige bezeichnen, was sie nach der richtigen Auffassung des

---

186) Vgl. Wächter in d. Archiv 1836. S. 115—153. Derselbe Gemeines Recht Deutschlands S. 66—95. Das Bild, welches hier von den Criminalisten des sechzehnten Jahrhunderts entworfen wird, zeigt sowohl als Ganzes wie in seinen einzelnen Theilen die Hand des Meisters. In der That wüßte ich dieser Darstellung Wächter's nur sehr wenig hinzuzufügen, und noch weniger daran zu verbessern. Blos in Beziehung auf Gilhausen (Gemein. R. S. 90. 91.) scheint mir der Tadel, in Beziehung auf Vigelius (Gemein. R. S. 88. 89.) das Lob zu stark aufgetragen.

Artikels bezeichnen sollen. Dasselbe läßt sich von den übrigen Schriftstellern, namentlich von Rauchdorn, sagen. Rauchdorn gebraucht statt des streitigen Ausdrucks „behaltung" das Wort „vorwarung" [187]); und daß er darunter wenigstens keine Kisten und Kasten verstanden haben will, sondern an eben diejenigen Gebäude und überhaupt an diejenigen Räume gedacht hat, welche in der Regel als Pertinenzen von Wohnhäusern erscheinen, müsse aus dem gleich folgenden Satze: „ob einer bey nacht in mein hauß, dorff, schewne, oder in ein ander gemach heimlich eingeth, einsteigt" ꝛc. [188]), mit ziemlicher Sicherheit zu folgern seyn. In der That der Erste, der hier, bewußt oder unbewußt, eine von der Carolina abweichende Ansicht aufgestellt hat, ist Remus. Durch einige Stellen des römischen Rechts (Not. 19) verleitet, glaubte derselbe den Art. 159 in der Weise verstehen zu dürfen, daß er auch bei Diebstählen, die durch Oeffnen bloßer Kisten, Kasten, Koffer, Schränke u. s. w. verübt würden, zur Anwendung komme [189]). Verglichen mit dem ursprünglichen Sinne war dieses allerdings eine sehr bedeutende Neuerung und beziehungsweise eine sehr weit gehende Ausdehnung. Der Artikel sollte hiernach nicht blos, wie bisher, bei allen und jeden Arten von Wohnhäusern, sondern überdies auch bei sämmtlichen, selbst im Freien und außerhalb derselben befindlichen Behältnissen, und somit denn zugleich, wiewohl dieses nicht ausdrücklich gesagt ist, gewiß bei allen sonstigen, wenn auch nicht gerade mit den Wohnhäusern als Pertinenzen verbundenen, Gebäuden zur Anwendung kommen. Diese so tief eingreifende und das ganze Wesen der Schwarzen-

187) Rauchdorn Practica vnd Proceß peinlicher Halßgerichtsordnung. Buddissin 1564. Th. III. Bl. 84 a.

188) Rauchdorn a. a. O. III. Bl. 84 b.

189) Remus Nemesis Karuli V. Art. 159. Si quis, ut furtum faciat, fores arcamve ruperit, effregerit cet.

berg'schen Bestimmung verändernde Erweiterung aber ist es gewesen, welche, abgesehen von einigen mehr oder minder wichtigen Schwankungen, bis auf die neueste Zeit anerkannt worden ist, und welche, bei der Umgestaltung aller Verhältnisse und Ansichten, zu einer wirklichen Rechtsüberzeugung sich ausgebildet hat.

Vom Ende des sechzehnten bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts gestaltete sich die Sache also. In Ansehung der Kisten, Kasten, Koffer, Schränke rc. war man fortwährend einig, daß auch an ihnen ein Diebstahl im Sinne des Art. 159 möglich sey; und man fand dabei um so weniger Bedenken, als selbst die spätern italienischen Criminalisten schon die nämliche Ansicht aufgestellt hatten [190]. Indessen machte man doch, gegenüber von der unbedingten Regel des Remus, eine Beschränkung. Der Art. 159, sagte man, findet auf Kisten, Kasten rc. blos dann Anwendung, wenn bei dem Eröffnen derselben ein größerer Kraftaufwand, eine eigentliche violentia, erforderlich ist; in allen andern Fällen aber, wo eine solche violentia nicht vorkommt, also namentlich auch dann, wenn das Eröffnen durch Dieteriche oder Nachschlüssel geschieht, bleibt derselbe ausgeschlossen [191]. Was dagegen die Gebäude betrifft, so gingen die Ansichten mehr auseinander. Nach der Lehre von Carpzow, welche bis

---

190) **Farinacius** qu. 167. n. 27.

191) **Carpzov** qu. 79. n. 36—39. **Leyser** Meditt. ad Pand. Sp. 536. m. 10—13. **Kress** Comment. in Art. 159. §. 1. n. 3. **Boehmer** ad Carpzov. qu. 79. obs. 3. 4. *Idem* Meditt. in Art. 159. §. 14. 18. **Koch** Institt. iur. crim. §. 191. G. J. F. **Meister** Princ. iur. crim. §. 204. **Gründler** Grunds. d. peinl. R. §. 313. **Stelzer** Lehrb. d. Criminalr. §. 611. Dieselbe Ansicht ist auch von den neuern italienischen Schriftstellern adoptirt worden. **Cremani** de iure criminali. Ticini 1791 sqq. II. p. 389. **Carmignani** Elementa iuris criminalis. 4. Ed. Maceratae 1829. Vol. II. §. 1014.

in den Anfang des vorigen Jahrhunderts befolgt wurde, sollte auch hier zu unterscheiden seyn, nicht etwa ob dieselben bewohnt oder unbewohnt wären, sondern vielmehr, eben so wie hinsichtlich der Kisten und Kasten, ob bei ihrer Eröffnung eine besondere Gewalt angewendet werde, oder nicht. Unter der zweiten Voraussetzung, wenn das Verbrechen absque peculiari violentia Statt finde, wie z. B. bei dem Eindringen durch Lehmwände, durch Stroh- oder Ziegeldächer, oder überhaupt bei allen gewöhnlichen Bauernhäusern, könne von einem qualificirten Diebstahle keine Rede seyn [192]). Ja selbst dann, wenn hier eine wirklich größere Gewalt nothwendig sey, solle dieses für sich allein noch nicht genügen, sondern es müsse das Eindringen zugleich eine effractio seditiosa, d. h. eine solche seyn, welche coadunatis hominibus et armata manu, per quam publica pax aliquo modo turbatur, verübt werde [193]). Allein mit dem Beginne des achtzehnten Jahrhunderts — zuerst von Seiten der Theoretiker, späterhin auch in der Praxis — wurde sowohl die eine als die andere Unterscheidung, sowohl die effractio violenta als die effractio seditiosa, aufgegeben, und der Art. 159 wieder, in Uebereinstimmung mit der frühern (Remusschen) Auffassung, hinsichtlich aller und jeder Gebäude für anwendbar erklärt [194]). Blos in sofern trat jetzt

192) Carpzov qu. 79. n. 34. 43 sqq. Blumblacher Comment. z. Halsgerichtsord. 6. Ausg. Salzburg 1727. S. 366. Frölich v. Frölichsburg Comment. z. peinl. Halsgerichtsord. 4. Aufl. Frankf. 1727. Th. II. S. 317.

193) Carpzov qu. 79. n. 3 sqq.

194) Beyer Delin. iur. crim. p. 203. Clasen Comment. in Art. 159. Ludovici Caroli V. constitt. crim. p. 227. Berger Elect. iurispr. crim. 3. Ed. Lipsiae 1737. p. 35. *Idem*. Suppl. ad Elect. 3. Edit. Lipsiae 1740. p. 64—66. Leyser Meditt. Sp. 535. m. 9—11. Kress Comment. in Art. 159. §. 1. n. 2. §. 5. n. 1. 2. Boehmer *ad Carpzov*. qu. 79. obs. 1. 2. Idem Meditt. in Art. 159.

neuerdings eine Verschiedenheit ein, daß Einige diese Ausdehnung auf die Gebäude überhaupt so unbedingt nahmen, daß sie schlechthin keinen Unterschied gelten ließen, ob dieselben bewohnt oder unbewohnt waren [195]), während umgekehrt Andere, und jedenfalls die Mehrzahl sowohl der Theoretiker als Praktiker, die Ansicht vertheidigten, daß unbewohnte Gebäude blos unter der Voraussetzung hierher gehörten, wenn sie wenigstens in bewohnten Gegenden, also entweder in der Nähe wirklicher Wohnhäuser, wie z. B. Hofräume, oder doch in der Nähe von Menschen im Allgemeinen, wie z. B. Gartenhäuser, Waarenlager ꝛc. an öffentlichen Straßen, sich befänden [196]). Ja gerade unter dieser Voraussetzung glaubte man selbst an dem Begriffe der eigentlichen Gebäude nicht einmal festhalten zu müssen, sondern namentlich auch bei bloßen Buden, Zelten, Schiffen u. dgl. den Artikel anwenden zu dürfen [197]). Und bei diesen Grundsätzen sind denn auch die beiden wichtigsten Gesetzgebungen aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts, die österreichische vom J. 1787 und die preußische vom J. 1794, stehen geblieben. Die erste, deren Bestimmungen in dieser Hinsicht

---

§. 3. 9. Kemmerich Synop. iur. crim. Ed. auct. Francofurti 1777. p. 63. Engau Elem. iur crim. I. §. 112. Koch Institt. iur. crim. §. 189—191. Quistorp Grundſ. d. peinl. R. II. §. 349. 352. Dorn Komment. über d. peinl. R. I. S. 420 ff. Anderer Meinung ist jedoch noch Hommel Diss. de furto qualificato. Lipsiae 1759. p. 7—16. Kleinschrod Abhandl. aus d. peinl. R. II. S. 117—123.

195) Kress Comment. in Art. 159. §. 1. n. 3. Meckbach Anmerkk. z. peinl. Halsgerichtsord. S. 317 ff.

196) Boehmer ad Carpzov. qu. 79. obs. 1. *Idem* Meditt. in Art. 159. §. 4. Koch Institt. iur. crim. §. 190. Stelzer Lehrb. d. Criminalr. §. 610. 611. Klein Grundſ. d. peinl. R. §. 443. Gerstlacher Handb. d. teutsch. Reichsg. XI. S. 2820 ff.

197) Boehmer Meditt. in Art. 159. §. 4 in fin.

selbst von dem noch jetzt geltenden Gesetzbuche vom J. 1803 wiederholt wurden.[198]), sagt ganz im Allgemeinen, daß jeder Diebstahl „an einem versperrten Gute" in die Classe der qualificirten Diebstähle gehöre [199]). Dieser Ausdruck ist nun aber ein so vielumfassender, daß er jedenfalls als eine Bestätigung der damals am weitesten gehenden Theorie, ja, wenigstens nach der Ansicht der österreichischen Praktiker, vielleicht selbst als eine Ueberschreitung dieser Theorie zu gelten hat [200]). Was dagegen das preußische Recht betrifft, so folgte dieses der Meinung derjenigen Schriftsteller, welche hier eine vergleichungsweise größere Beschränkung vertheidigten. Hinsichtlich der Kisten und Kasten ist es Regel, daß auch an ihnen, und zwar ohne Unterschied an welchem Orte sie sich befinden oder von welcher sonstigen Beschaffenheit sie seyn mögen, ein qualificirter Diebstahl verübt werden kann [201]). In Ansehung der Gebäude dagegen kommt es darauf an, ob dieselben bewohnt oder unbewohnt sind: ist das letzte der Fall, so wird der Diebstahl nicht als ein eigentlich qualificirter, sondern nur als „ein gemeiner unter erschwerenden Umständen" betrachtet [202]).

Auf diese Weise hatten sich also am Schlusse des achtzehnten Jahrhunderts, sowohl in der Theorie als in

198) Oesterr. Gesetzgeb. v. 1803. §. 154. II. lit. c.

199) Oesterr. Gesetzgeb. v. 1787. §. 160. lit. d.

200) Vgl. Kitka Abhandlungen aus dem Gebiete des Strafrechts. Wien 1847. S. 159—200. (Nach der Ansicht dieses Schriftstellers soll auch der Fall hierher gehören, wenn der Diebstahl durch Oeffnen eines versiegelten Briefs begangen wird.) S. auch Jenull Geist d. Oesterr. Criminalr. II. S. 317.

201) Preuß. Landr. II. 20. §. 1165. 1178. S. jedoch Temme die Lehre vom Diebstahl nach Preußischem Rechte. Berlin 1840. S. 325—327. 333—335.

202) Preuß. Landr. II. 20. §. 1169. Vgl Temme a. a. O. S. 302—306.

der Praxis, die Meinungen folgendermaßen fixirt. Ein qualificirter Diebstahl im Sinne des Art. 159, sagte man, sey an allen denjenigen Gebäuden möglich, welche entweder selbst als Wohnhäuser erschienen, oder die doch, wie namentlich Hofräume, in der nächsten Verbindung mit denselben sich befänden. In Ansehung aller sonstigen (unbewohnten) Gebäude dagegen, und eben so in Ansehung der Kisten, Kasten, Koffer, Schränke u. dgl. nahm man, im Widerspruche mit der Remus'schen Auffassung, wenigstens von Seite der Mehrzahl der Schriftsteller an, daß die ersten jedenfalls mit den eigentlichen Wohnhäusern nicht in dieselbe Reihe zu stellen, die zweiten aber blos dann hierher zu rechnen seyen, wenn zu ihrer Eröffnung ein wirklich größerer Kraftaufwand erfordert werde.

Jedoch alles dieses hat sich durch die oft erwähnte Abhandlung von Grolman (1798) geändert. In dieser Abhandlnng (Note 26) wird zunächst die Ansicht Derjenigen widerlegt, daß der Art. 159 auch von bloßen Kisten und Kasten rede, und dagegen umgekehrt die Behauptung vertheidigt, daß derselbe schlechthin auf Gebäude — also namentlich auch mit Ausschluß der Hofräume als solcher — zu beschränken sey. Was übrigens diese Gebäude selbst angeht, so glaubte auch Grolman noch zwischen bewohnten und unbewohnten unterscheiden zu müssen, und die letzten blos dann als hierher gehörig betrachten zu dürfen, wenn der Diebstahl nicht „in einer von Menschen durchaus unbesuchten Gegend" Statt gefunden habe [203]). Gerade diese Unterscheidung jedoch, wodurch die neuere Ansicht mit der bisher herrschenden noch so einigermaßen vermittelt blieb, wurde von allen spätern Schriftstellern (Not. 28) aufgegeben; und eben

203) Dieser Ansicht ist Grolman auch noch in der neuesten Auflage (1825) seiner Grundſ. d. Criminalrechtsw. §. 189 treu geblieben.

so wie hinsichtlich der Ausschließung bloßer Kisten und Kasten galt es von nun an, und zwar bis auf die neueste Zeit für ausgemacht, daß der Artikel von allen und jeden Gebäuden, also schlechthin sowohl von den bewohnten als den unbewohnten, ja selbst von bloßen Zellen, Buden, Schiffen u. dgl. zu verstehen sey.

Allein freilich was die praktische Seite dieser neuesten Theorie, was alle ihre Folgen und Anwendungen, worauf ich gleich im Anfange meiner Untersuchung hingewiesen habe, betrifft, so war diese eine ziemlich untergeordnete. Die Zeit eines unmittelbaren Einflusses der s. g. gemeinrechtlichen Schriftsteller hatte eben aufgehört. Durch die jetzt fast für sämmtliche Staaten Deutschlands erscheinenden Particulargesetzbücher erhielt unser gesammtes Recht nach und nach den Charakter eines, wenigstens der Form nach, vollendeten Particularismus [204]. Von einem gemeinen Rechte in dem bisher angenommenen Sinne, d. h. von einem auch formell geltenden gemeinen Rechte konnte man in der That nicht mehr reden; sondern wenn man jenen Begriff überhaupt festhalten wollte — wie man ihn allerdings und nothwendig festhalten muß — so ließ sich dabei blos noch an ein materiell gemeines Recht denken, an ein Recht, welches als solches freilich auch gerade so lange gelten muß, als es nur noch einen deutschen Nationalcharakter, eine deutsche Nationalsprache, eine deutsche Nationalphysiognomie, ja überhaupt ein deutsches Volk giebt [205]. Jedoch als Träger dieses jetzt allein

204) Vgl. Wächter Gemeines Recht Deutschlands S. 238—244.

205) Den Beweis für die Existenz eines solchen materiell gemeinen deutschen Rechts muß ich mir für eine andere Gelegenheit vorbehalten. S. auch Hepp Commentar über das würtemb. Strafgesetzb. Tübingen 1839 ff. Bd. II. S. IX ff. Bd. III. S. IV—VI. Derselbe Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. Tübingen 1842. S. 180 ff. Mittermaier die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung. Heidel-

übrig bleibenden gemeinen Rechts, als Erkenntnißquelle eben der jüngsten Entwicklungsstufe desselben können zum mindesten diejenigen Schriftsteller nicht betrachtet werden, welche, wie dieses leider bei der Mehrzahl unserer heutigen Criminalisten der Fall ist [206]), von einer Fortbildung des Rechts, von einer organischen Entwicklung desselben kaum eine Ahnung zu haben scheinen. Die Repräsentanten dieser neuesten Gestaltung des deutschen Rechtslebens, gleichsam das Gewand oder die äußere Form, worin uns dasselbe entgegentritt, und eben daher denn auch die Quelle, aus der wir die Kenntniß unseres jetzigen gemeinen Rechts zunächst und beinahe ausschließlich zu schöpfen haben, sind vielmehr die Particulargesetzbücher. Die Ansichten der Theoretiker dagegen, weil und in sofern sie von einer eigentlich historischen Behandlung sich fern halten, weil und in sofern sie entweder in philosophischen oder in antiquarischen Erörterungen sich gefallen, d. h. weil und in sofern sie entweder bei apriorischen Constructionen über das was Recht seyn soll, oder bei exegetischen Untersuchungen über das was zur Zeit Schwarzenberg's Recht war, stehen bleiben, können hier kaum in Betracht kommen. Ein Schriftsteller, der, wie es Grolman und seine Nachfolger in Ansehung unserer vorliegenden Frage thun, ausschließ-

berg 1841. 1843. Th. II. S. 9. Zoepfl in d. Zeitschr. für deutsch. R. IV. S. 93. Häberlin Grunds. d. Criminalr nach d. n. deutsch. Strafgesetzb. Bd. I. S. V ff. In der That beruht die Meinung Derjenigen, welche mit dem Untergange unseres formell gemeinen Rechts auch den Untergang eines materiell gemeinen Rechts behaupten (und zu diesen gehört sogar Wächter Gemein. R. S. 246—258. 269.), auf nicht viel besseren Gründen, als wenn Jemand wegen der Verschiedenheit der einzelnen Provinzialdialecte das Vorhandenseyn einer gemeinsamen deutschen Sprache, das Vorhandenseyn unserer s. g. hochdeutschen Sprache um deswillen läugnen wollte, weil dieselbe in keinem einzigen Territorium Deutschlands wirklich geredet wird.

206) S. Meinen Aufs. in d. Archiv 1836. S. 189 ff. 209 ff.

lich auf eine (richtige oder unrichtige) Interpretation der Carolina sich beschränkt, tritt eben damit in den Kreis unseres dermaligen gemeinen Rechts gar nicht ein: er ist, wie sehr er vielleicht selbst gegen eine solche Bezeichnung protestiren mag, nichts weiter als ein, wenn auch ziemlich moderner Antiquar, und seine Untersuchungen, die als Vorarbeit für die Historiker von der höchsten Wichtigkeit seyn mögen, können jedenfalls hinsichtlich unseres heutigen Rechts weder als Quelle noch als Erkenntnißmittel gelten.

Aber worin bestehen denn die Ansichten unseres dermaligen Rechts, und welches ist denn das System, das die einzelnen Particulargesetzbücher hier aufstellen? Vergleicht man diese Gesetzbücher eines Theils mit den Grundsätzen, welche schon gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts befolgt worden sind, sowie andern Theils mit der Theorie, welche jetzt alle neueren s. g. gemeinrechtlichen Schriftsteller vertheidigen, so ist es klar, daß sie bei weitem näher und unmittelbarer an jene als an diese sich anschließen. Vor allem ist nämlich so viel gewiß, daß hiernach nicht nur an wirklichen Gebäuden, sondern eben so auch an bloßen Kisten, Kasten, Koffern, Schränken ꝛc. ein qualificirter Diebstahl möglich ist; und lediglich in sofern findet dabei wieder ein Unterschied Statt, daß an manchen Orten dieses ausschließlich dann der Fall seyn soll, wenn jene Kisten und Kasten wenigstens im Innern von Gebäuden stehen [207]), während an andern Orten — und dieses ist die Regel — hierauf kein Gewicht gelegt, sondern selbst unter der Voraussetzung das Verbrechen angenommen wird, wenn dieselben außerhalb der Gebäude, also im Freien, sich befinden [208]). Ob übrigens diese Kisten,

---

207) Braunschw. Gesetzb. §. 215. Hannov. Gesetzb. Art. 292. Hessen-Darmst. Gesetzb. Art. 264. 266. 268.

208) Baier. Gesetzb. Art. 221. Oldenb. Gesetzb. Art. 226. Sächs. Gesetzb. Art. 230. Würtemb. Gesetzb. Art. 323.

Kasten, Koffer rc. von der einen oder der andern Beschaffenheit sind, oder ob bei Eröffnung derselben eine größere oder geringere Gewalt nothwendig ist, wird jetzt fast überall als gleichgültig betrachtet [209]): blos noch in den Gesetzbüchern für Hannover und Württemberg glaubte man hier mindestens theilweise an die Grundsätze des ältern Rechts sich anschließen zu müssen [210]). Was dagegen die eigentlichen Gebäude betrifft, so stimmen sämmtliche Gesetzbücher, mit alleiniger Ausnahme des sächsischen [211]), darin überein, daß man zwischen bewohnten und unbewohnten einen Unterschied zu machen habe. Allerdings sollen auch die letztern als mögliches Object eines qualificirten Diebstahls gelten; allein in Ansehung der Strafe soll doch ein hier Statt gefundener Diebstahl immer milder beurtheilt werden, als ein unter übrigens gleichen Umständen in wirklich bewohnten Gebäuden vorgenommener [212]). Ja diese vergleichungsweise mildere Beurtheilung soll auch in allen den Fällen eintreten, wo der Diebstahl an bloßen

---

330. Baden. Gesetzb. §. 385. Vgl. Hufnagel Commentar über das Strafgesetzbuch für Württemberg. Stuttgart 1840. 1842. Bd. II. S. 350.

209) S. auch Gönner u. Schmidtlein Jahrb. d. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. in Baiern III. S. 105.

210) Hannov. Gesetzb. Art. 295. Württemberg. Gesetzb. Art. 330. Vgl. Hufnagel Commentar II. S. 351 — 353. 400. 401. Mit Unrecht glaubt Krug (Studien über das Criminalgesetzbuch für Sachsen. Leipzig 1838. Th. II. S. 101 — 103.) etwas Aehnliches auch nach Sächsischem Gesetzbuche behaupten zu dürfen.

211) Sächs. Gesetzb. Art. 230. Vgl. Krug Studien II. S. 107. Auch nach Baier. Gesetzb. Art. 221. soll nichts darauf ankommen, ob die Gebäude bewohnt oder unbewohnt sind. Jedoch schon in der bekannten Novelle vom 25. März 1816 wird dieser Unterschied sehr bestimmt hervorgehoben. Gönner im N. Archiv d. Crim. R. VIII. S. 21.

212) Württemb. Gesetzb. Art. 323. 324. Braunschw. Gesetzb. §. 214. 215. Hannov. Gesetzb. Art. 292. 295. Hessen-Darmst. Gesetzb. Art. 364. 366. Baden. Gesetzb. §. 381. 385.

Kisten und Kasten verübt wird[213]). Was nun aber die bewohnten Gebäude selbst angeht, so ist es wieder allgemeiner Grundsatz, daß man hierunter nicht blos die eigentlichen Wohnhäuser, sondern ganz in der nämlichen Art auch die zu denselben gehörigen Hofräume zu verstehen hat[214]): ein Grundsatz, wonach denn insbesondere auch der Fall als qualificirter Diebstahl gelten muß, wenn die in einem solchen Hofraume, jedoch nicht gerade innerhalb wirklicher Gebäude, befindlichen Gegenstände, Acker- und Gartengeräthschaften, aufgehäuftes Holz u. dgl. durch Einbruch ꝛc. entwendet werden[215]).

Die Verschiedenheit dieses Systems der neuesten Particulargesetzbücher, und eben damit die Verschiedenheit unseres neuesten gemeinen Rechts selbst im Vergleich mit den Ansichten des vorigen Jahrhunderts, sowie andern Theils im Vergleich mit den Ansichten der Carolina, läßt sich im Allgemeinen so bezeichnen, daß dasselbe eine Mittelstufe zwischen beiden bildet, oder m. a. W. daß es gegenüber der Carolina als strenger, gegenüber den Ansichten des vorigen Jahrhunderts als milder erscheint. Verglichen mit den Ansichten des vorigen Jahrhunderts ist es eine Milderung, daß bei dem Oeffnen von Kisten, Kasten, Koffern, Schränken ꝛc. das Verbrechen durchgängig, also namentlich auch dann, wenn hiezu eine größere Gewalt erfordert wird, mit einer vergleichungsweise geringeren Strafe bedroht ist; verglichen mit der Carolina ist es eine Schärfung, daß solche Kisten und Kasten nur überhaupt

---

213) S. die Stellen der vorhergehenden Note.

214) Anmerkk. z. Baier. Gesetzb. II. S. 128. Krug Studien II. S. 107. 108. Württemb. Gesetzb. Art. 329. Braunschweig. Gesetzb. §. 217. Hessen-Darmst. Gesetzb. Art. 367. Baden. Gesetzb. §. 381. 385. S. auch Hannov. Gesetzb. Art. 287.

215) Vgl. Hufnagel Commentar II. S. 399. 400. Thilo Strafgesetzbuch für Baden S. 329.

hierher gerechnet und mit den sonstigen Fällen in eine Reihe gestellt sind. Das nämliche gilt hinsichtlich der unbewohnten Gebäude. Gegenüber der Carolina ist es eine Schärfung, daß der Begriff des Verbrechens nur überhaupt auf dieselben übertragen ist; gegenüber den Ansichten des vorigen Jahrhunderts ist es eine Milderung, daß unter dieser Voraussetzung, und zwar ohne Unterschied ob die fraglichen Gebäude in der Nähe von menschlichen Wohnungen sich befinden oder nicht, die Strafe jedesmal eine geringere seyn soll. Was endlich die Wohnhäuser selbst betrifft, so erscheint das neueste System, mit seiner Ausdehnung auf die zu diesen Wohnhäusern gehörigen Hofräume, als eine bloße Wiederholung derjenigen Grundsätze, welche hier sowohl früher als insbesondere, wie wir gesehen haben, zur Zeit der Carolina gegolten haben, und welche nur gerade von unseren heutigen s. g. gemeinrechtlichen Schriftstellern verkannt worden sind. —

Soll ich jetzt schließlich noch über den legislativen Grund reden, weßhalb die Diebstähle durch Einbruch, durch Einsteigen und mit Waffen einer vergleichungsweise härtern Strafe unterliegen, so kann ich mich sehr kurz fassen. Die Antwort ergiebt sich aus allem bisher Bemerkten gleichsam von selbst. So lange jene Diebstähle auf eigentliche Wohnhäuser und die dazu gehörigen Hofräume beschränkt blieben, war der Grund ihrer größeren Strafbarkeit kein anderer, als die dadurch bewiesene offene und gerade durch die Art ihrer Ausführung besonders verletzende Mißachtung der jene Orte umgebenden Heiligkeit, die über alle Hindernisse sich hinwegsetzende Störung des dieselben

216) Klien Revis. d. Verbr. d. Diebst. S. 399—413. Wächter Lehrb. d. Strafr. II. S. 298—304. Hammer in d. Archiv 1845. S. 429 ff. S. auch noch Wilda Gesch. d. deutsch. Strafr. I. S. 878. Herrmann Diss. cit. p. 9 sqq. 19—24.

schützenden Friedens. Wenn die Carolina hier des Ausdrucks „geuerliche Diebstähle" sich bedient, so darf man also nicht, wie es bisher geschehen ist [216]), an eine Gefahr denken, welche entweder die Person des Bestohlenen, das Leben und die Gesundheit desselben, Preis gegeben, oder welcher das Eigenthum, fast ohne die Möglichkeit eines Schutzes ausgesetzt, oder wodurch die öffentliche Sicherheit, die Rechtsordnung im Staate überhaupt, auf eine ganz ungewöhnliche Weise bedroht wäre, ja noch weniger darf man den Ausdruck so verstehen, als ob damit nur ein besonders hoher Grad von Dolus, eine auffallende Frechheit und Böswilligkeit des Verbrechers angedeutet würde [217]). Sondern der Sinn jenes „geuerlich" ist lediglich der: gleich wie die sonstigen Diebstähle blos unter gewissen Voraussetzungen, namentlich wegen Rückfalls, wegen Offenheit der Verübung, wegen Größe des entwendeten Gegenstandes, zu eigentlich gefährlichen gemacht werden, so verdienen die vorliegenden Arten diesen Namen schon um deswillen, weil durch sie das Höchste und Heiligste, der Friede von Haus und Hof, verletzt wird [218]). Allein freilich kann diese Verletzung wieder von

217) Allerdings wird hier auch auf einen solchen besonders hohen Grad von Dolus, auf eine solche auffallende Böswilligkeit des Verbrechers hingewiesen; allein es geschieht dies nur nicht durch das Wort „geuerlich", sondern durch das Wort „geflissen." Feuerbach in d. Biblioth. für peinl. Rechtsw. Bd. II. St. I. S. 136—141. Hammer a. a. O. S. 455.

218) Die Bezeichnung „geuerlicher diebstall" ist keineswegs auf die im Art. 159 genannten Arten beschränkt, sondern es bezieht sich dieselbe ganz in der nämlichen Weise auf den zweiten und dritten, auf den großen, sowie auf den offnen Diebstahl. Es ergiebt sich das aus den Worten des Artikels mit aller Bestimmtheit: „So eyn dieb jemandts inn sein behausung oder behaltung bricht oder steigt . . . . solchs sei der erst oder mer diebstall, auch der diebstall groß oder kleyn, *darob* oder darnach berüchtigt oder betretten, so ist doch der *diebstall* . . . eyn geflißner geuerlicher diebstall." Wenn man

schwererer und leichterer Beschaffenheit seyn. Sie ist eine schwerere und unmittelbarere, wenn der Friede durch Einbrechen oder Einsteigen, eine leichtere und mittelbarere, wenn er durch gewöhnliches Eingehen, jedoch mit Waffen beeinträchtigt wird; und die Gleichstellung beider Arten in der Carolina läßt sich nur so erklären, daß, was in dem zweiten Falle an der Verletzung des Hausfriedens fehlt, gewissermaßen durch die Gefahr ersetzt wird, der die Bewohner hier durch die Bewaffnung des Diebes bloßgestellt sind. Die Anerkennung gerade dieses Grundes für die härtere Bestrafung unserer Diebstähle ist übrigens nicht einmal neu, sondern wir finden sie auch schon bei einigen älteren Schriftstellern. So sagt z. B. Leyser: **Ille enim articulus 159 conservationem pacis ac securitatis domesticae spectat, et propter eam poenas tam graves sancit** [219]. Noch bestimmter drücken sich die englischen Juristen über den Grund der Strafbarkeit ihres burglary aus. So heißt es z. B. bei Blackstone: **Burglary has always been looked upon as a very heinous offence: not only because of the abundant**

---

dieses bisher übersehen hat, so läßt es sich wohl nur aus dem Uebersehen der Partikel „doch" begreifen, ein Wort, das übrigens nicht blos in der Carolina, sondern auch in der Bambergensis (Art. 185) und in den Projecten von 1521 und 1529 (Art. 166) sich findet. Die Diebstähle durch Einbruch, durch Einsteigen und mit Waffen, meint Schwarzenberg, obgleich dieselben nicht zum zweiten- oder drittenmal rc. verübt wurden, sollen „doch" (d. h. dessen ungeachtet) eben so wie die zweiten und dritten rc. als „geuerliche" gelten. (Ueber die Bedeutung des Worts „geuerlich" gerade in dieser Verbindung s. übrigens besonders Hammer a. a. O. S. 446—455.) Daher darf man denn die Diebstähle des Art. 159 auch gar nicht vorzugsweise oder ausschließlich als gefährliche bezeichnen; und noch weniger ist es erlaubt, gerade diesen Ausdruck als die Basis der ganzen Untersuchung über den legislativen Grund für deren härtere Bestrafung anzusehen.

219) Leyser Meditt. Sp. 535. m. 10.

terror that it naturally carries with it, but also as it is a forcible invasion and disturbance of that right of habitation which every individual might acquire even in a state of nature . . . . The law of England has so particular and tender a regard to the immunity of a man's house, that it styles it his castle, and will never suffer it to be violated with impunity [220]).

Aber ist diese Verletzung des Friedens und der Heiligkeit von Haus und Hof denn auch noch heut zu Tage, nach unserm dermaligen gemeinen Rechte, der Grund, weßhalb die genannten Diebstähle mit einer härteren Strafe belegt sind? Keineswegs. Jene ganze Idee eines Haus und Hof umgebenden besonderen Schutzes und s. g. höheren Friedens ist ja unserm neueren Rechte fremd geworden, oder es ist davon, wie ich schon oben bemerkt habe, doch blos ein schwacher Schimmer und Nachklang übrig geblieben. Zudem sind jene Diebstähle jetzt ja nicht mehr auf die wirklichen Wohnhäuser und die dazu gehörigen Hofräume beschränkt, sondern zugleich auf alle übrigen, sogar unbewohnten Gebäude, und eben so selbst auf bloße Kisten, Koffer, Schränke ꝛc. ausgedehnt: eine Ausdehnung, wonach schon allein, und ganz abgesehen von der Veränderung unserer Rechtsansichten überhaupt, der Grund für die besondere Strafbarkeit hier gar nicht mehr der frühere seyn kann, sondern nothwendig ein anderer seyn muß. Aber welches ist denn, im Sinne unseres heutigen Rechts, dieser Grund? Genau derselbe, welchen, verkehrter Weise, sehr viele unserer s. g. gemeinrechtlichen Schriftsteller schon für das ältere Recht, und insbesondere schon für die Carolina annehmen; kein anderer nämlich, als die gerade durch die Art der Ausfüh-

220) Blackstone Comment. IV. p. 223.

rung bewiesen, wenn man so sagen will, subjective[221]) Gefährlichkeit des Diebes, d. h. diejenige Eigenschaft desselben, wodurch, aller entgegenstehenden Hindernisse ungeachtet, eine Verletzung der allgemeinen Sicherheit und Rechtsordnung im Staate zu besorgen ist. Unsere neueren Gesetzbücher lassen in dieser Hinsicht keinen Zweifel. Sie sprechen jenen Grund für ihre Bestimmungen entweder offen aus, oder sie deuten ihn wenigstens so augenfällig an, daß jedes Bedenken und jeder Streit verschwinden muß[222]). Allein freilich was hier die dem Verbrecher entgegenstehenden und von ihm überwundenen Hindernisse selbst betrifft, so lassen sich wieder zwei oder vielmehr drei Arten derselben unterscheiden. Entweder nämlich sind es räumliche oder es sind persönliche, oder es sind zu gleicher Zeit räumliche und persönliche Hindernisse. Das erste findet dann Statt, wenn es sich von einem Diebstahle durch Einsteigen oder Einbrechen in unbewohnte Gebäude, oder von dem Eröffnen bloßer Kisten und Kasten handelt; das zweite tritt in dem Falle ein, wenn der Diebstahl mit Waffen verübt wird; das dritte ist dann anzunehmen, wenn das Verbrechen in eigentlichen Wohnhäusern oder in den damit verbundenen Hofräumen geschieht. Gerade aus diesem

221) Ueber das Unpassende dieser besonders von Feuerbach aufgestellten Unterscheidung zwischen subjectiver und objectiver Gefährlichkeit vgl. Hammer a. a. O. S. 440.

222) Preuß. Landr. II. 20. §. 1164. 1168. 1176, Baier. Gesetzb. Art. 221. Oldenb. Gesetzb. Art. 226. Württemb. Gesetzb. Art 327. Hannov. Gesetzb. Art. 292. 296. Hessen-Darmst. Gesetzb. Art. 371. Baden. Gesetzb. §. 381. S. auch Anmerkungen der Gesetzgebungscommission z. Entwurf des Baden. Strafgesetzbuchs. Karlsruhe 1839. S. 100 — 102. Hufnagel Commentar II. S. 350. 376. Temme Diebstahl nach Preuß. R. S. 301. 303 ff. Jenull Geist d. Oesterr. Criminalr. II. S. 317. Dieselbe Auffassung finden wir bei den neueren italienischen Schriftstellern. Cremani de iur. crim. II. p. 389. 390. Renazzi Elem. iur. crim. V. p. 161. Giuliani Istituzioni di diritto criminale. 2. Ed. Macerata 1840. 1841. Tom. II. p. 418. 419.

Unterschiede erklärt sich aber auch die jetzt anerkannte Verschiedenheit der Bestrafung. Auf der niedersten Stufe der Strafe stehen die Fälle der ersten Art (Not. 212. 213.), wo von persönlichen Hindernissen, und damit zugleich von einer der Person des Bestohlenen drohenden Gefahr, gar nicht die Rede seyn kann; die höchste Stufe bilden die Fälle der zweiten Art [223]), wo diese Gefahr am nächsten und unmittelbarsten sich zeigt; die Mitte zwischen beiden nehmen die Fälle der dritten Art ein [224]), wo zwar ebenfalls eine solche Gefahr für den Bestohlenen zu fürchten ist, aber doch immer in untergeordneter und gleichsam nur in zweiter Linie.

223) Preuß. Landr. II. 20. §. 1175. 1180. Oesterr. Gesetzb. §. 154. 157. 158. Sächs. Gesetzb. Art. 230. 234. Braunschw. Gesetzb. §. 213—215. Hannov. Gesetzb. Art. 292—294.

224) Nach mehreren Gesetzgebungen soll hier jedoch dieselbe Strafe wie bei den Fällen der zweiten Art Statt finden. Baier. Gesetzb. Art. 221. 223. Oldenb. Gesetzb. Art. 226. 228. Württemb. Gesetzb. Art. 324. Hessen-Darmst. Gesetzb. Art. 366. 371. Baden. Gesetzb. §. 381.

XIII.

Ueber den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens in Europa und Nordamerika, über das Ergebniß der Erfahrungen und die Forderungen, welche an den Gesetzgeber in Bezug auf das System der Freiheitsstrafen gestellt werden können.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XI. im vorigen Hefte.)

Wir sind vorerst schuldig zur Kenntniß unserer Leser die neuen Gefängnißverordnungen zu bringen, welche in Toskana ergingen. Schon am 31. December 1845 wurde eine von dem damaligen Polizeipräsidium entworfene, aus 273 §§. bestehende Verordnung über die Gefängnisse bekannt gemacht [1]). Die Gefängnisse werden darnach abgetheilt 1) in Bewahrungs-, 2) in Straf-, 3) in Schuldgefängnisse. In Bezug auf die ersten schärft der §. 6. die Regel ein, daß diese Gefängnisse nur den ausschließenden Zweck haben, die Person des Angeschuldigten zu sichern und gefährlichen Verkehr zu hindern [2]). Mit Strenge ist daher

1) Regolamento generale per le carceri della Toscana. Firenze 1845.

2) In diesem letzten Zusatze liegt die Quelle aller Uebel, welche durch die Gestattung des Collusionsverhafts veranlaßt werden.

vorgeschrieben, wie hoch die Fenster seyn sollen, damit die Gefangenen nicht hinaufsteigen und auf andere Gebäude sehen können. Als Grundsatz ist §. 13. ausgesprochen, daß die Untersuchungsgefangenen von einander streng abgesondert seyn sollen; daher die Zelle weit genug seyn soll, insbesondere auch so, daß für den Fall, wo die Rücksicht auf die Gesundheit eines Gefangenen dies fordert, auch mehr Gefangene in einer Zelle verwahrt werden können. Ein eigener bedeckter oder unbedeckter Raum soll nahe an den Zellen hergerichtet seyn, damit der Gefangene darin frische Luft schöpfen kann und die Zelle in der Zwischenzeit geräuchert und mit Luft erfrischt wird. Genaue Vorschriften (§. 33—75.) bestimmen die Nahrung, die Reinlichkeit in den Gefängnissen, die ärztliche Behandlung. Die §§. 64. 65. deuten auf große Aengstlichkeit, daß bei kranken Gefangenen nicht gefährliche Communicationen vorkommen; selbst bei den gefährlich Kranken und deswegen in dem Hospitale verpflegten sind die Besuche z. B. von Verwandten übermäßigen Beschränkungen unterworfen. Uns scheint, daß auch hier nur das inquisitorische Princip, das immer auf Geständniß Alles berechnet, solche Verfügungen veranlassen kann. Nur dafür, daß der Sträfling nicht entweichen kann, muß gesorgt werden. In Bezug auf die Behandlung der Untersuchungsgefangenen werden Klassen unterschieden: 1) die Gefangenen, welche überhaupt in Untersuchung sich befinden (§. 76—89.); 2) die, welche von der Rathskammer vor das öffentliche Gericht erster Instanz gewiesen sind (§. 90—96); 3) die, welche in dem Stande der Anschuldigung sich befinden (§. 97—100.); 4) Verurtheilte während der Recursinstanz; 5) die in polizeilicher Untersuchung Befindlichen (§. 103.). Der §. 77. spricht freilich aus, daß man die Untersuchungsgefangenen, so weit nicht das Interesse des guten Ganges der Untersuchung und die

Sicherung der Person Beschränkungen fordert, den Gefangenen alle Erleichterungen gestattet werden müssen, die ihnen die Qual der Haft weniger fühlbar machen; allein der Beschränkungen sind viele; z. B. nach §. 79. dürfen die Gefangenen nur Bücher lesen, welche von dem Director gutgeheißen sind; nach §. 85. darf der Gefangene keinen Brief absenden, der nicht von dem Untersuchungsrichter durchgesehen ist; ein Brief, den der Gefangene erhält, wird ihm nur mitgetheilt, wenn der Untersuchungsbeamte glaubt, daß der Inhalt ihm mitgetheilt werden kann; nach §. 86. darf der Gefangene mit Verwandten, denen ein Besuch gestattet wird, nur in Gegenwart eines Untersuchungsbeamten Gespräch führen. — Wie ganz anders lauten die Vorschriften für die Behandlung der Untersuchungsgefangenen in England! Dennoch wird dort der Schuldige nicht weniger als bei uns überwiesen und zur verdienten Strafe gezogen.

In Bezug auf die Strafgefangenen ist verordnet, daß das correctionelle Gefängniß in Florenz für die männlichen, das in St. Gimignano für die weiblichen, und die Polizeigefängnisse für beide Geschlechter bestimmt sind. Da wo die örtlichen Verhältnisse es gestatten, das Isolirungssystem einzuführen (man bemerkt daher, daß der Gesetzgeber diese Einführung im Auge hatte), sollen die Vorschriften, die dafür gelten, zur Anwendung gebracht werden (§. 108. 109.). Aus §. 150. ergiebt sich, daß bei allen Hausordnungen die leitenden Grundsätze die seyn sollen: 1) Isolirung zur Nachtzeit und während des Essens, 2) Gleichförmigkeit der Kleidung, 3) Verpflichtung zur Arbeit in Gemeinschaft mit beständigem Stillschweigen, 4) absolute Isolirung auch während der Arbeit als ausnahmsweise eintretende Maaßregel, 5) Vertheilung des Arbeitsverdienstes, so daß die Hälfte dem Staate, die Hälfte dem Gefangenen gehört. — Die Vorschriften

bestimmen genau die Kost, ärztliche Behandlung (§. 132. 144.). In Bezug auf die polizeilichen Gefängnisse erklärt §. 157, daß, nachdem die Kürze der Strafzeit zwar nicht gestattet, den Zwang zur Arbeit einzuführen, doch dahin gewirkt werden soll, daß die Gefangenen selbst Beschäftigung suchen; es soll ihnen für den Fall, daß sie arbeiten wollen, auch Gelegenheit dazu verschafft werden; die Gefangenwärter haben dann die Arbeiten zu den bestellenden Privatpersonen zu bringen; von dem Arbeitsverdienst erhält der Staat 1/4. — Nach §. 186. sollen die Schuldgefängnisse von den Untersuchungs- und Strafgefängnissen gesondert seyn. — Die Verordnung enthält noch allgemeine Vorschriften für die Gefängnißdirectoren (§. 205.) und Gefängnißwärter (§. 211.).

Noch bedeutender sind die erst in diesem Jahre erlassenen Hausordnungen, eine für die Strafanstalt für männliche Verbrecher in Florenz [3]), und die für die weiblichen Sträflinge in St. Gimignano [4]). Die erste Anstalt ist erst vor einigen Jahren erweitert, zum Theil neu erbaut. Nach art. 39. der neuen Verordnung vom 1. Julius 1847 ist die Anstalt abgetheilt 1) in eine Criminal-, 2) in eine correctionelle Abtheilung. Die erste enthält die Verurtheilten, welche zu zwei- oder mehrmonatlicher Gefängnißstrafe verurtheilt sind; die zweite enthält die, welche von dem Polizeipräsidium aus polizeilichen Rücksichten eingesperrt werden [5]). Jede Abtheilung zerfällt wieder in 2 Klassen: I. die der Rückfälligen, und zwar

---

3) Regolamento dello stabilimento penale e correzionale per i Maschi posto in Firenze. 1847.

4) Regolamento dello stabilimento penale e correzionale per le Donne stabilito in San Gimignano. Firenze 1847.

5) Eine furchtbare Ausgeburt des Polizeistaats ist die, daß nach toskanischem Rechte der Polizeipräsident bis zu 3 Jahren eine Person ohne Angabe von Gründen einsperren lassen kann.

derjenigen, welche früher zu einer Gefängnißstrafe nicht unter 2 Monaten oder zur correctionellen Strafe nicht unter 4 Monaten, oder zum Zuchthaus in Volterra oder zur Galeerenstrafe verurtheilt waren; II. Klasse derjenigen, welche zum Erstenmale verurtheilt sind. Die correctionelle Abtheilung enthält theils die zum Erstenmale Verurtheilten, bei denen aber die Polizeibehörde Verurtheilung zur absoluten Isolirung ausspricht, theils die schon früher Verurtheilten, die jetzt wieder correctionell verurtheilt werden. — In der zweiten Klasse der criminellen wie der correctionellen Abtheilung werden die über 18 Jahre alten Sträflinge streng von denjenigen gesondert, die noch nicht 18 Jahre alt sind. Nach art. 44. muß jeder Gefangene in einer besondern Zelle verwahrt werden. Die in der ersten Klasse Verwahrten sind der beständigen Isolirung unterworfen. Ihr Name wird von den Beamten der Anstalt nie genannt, sondern sie werden nur bei der Nummer ihrer Zelle gerufen. Die Sträflinge der zweiten Klasse werden in kleinen Abtheilungen in den Arbeitssälen und in der Schule vereinigt. — Jeder neu aufgenommene Sträfling wird 3 Tage lang ohne Arbeit Tag und Nacht in seiner Zelle verwahrt und muß während dieser Zeit von dem Director der Anstalt und dem Geistlichen öfter zu dem Zwecke besucht werden, damit man seinen Charakter kennen lernt und ihn mit seinen künftigen Pflichten bekannt machen kann (art. 52.). Alle Sträflinge sind verpflichtet, die ihnen angewiesene Arbeit zu verrichten (54.). Auch die nicht der absoluten Isolirung Unterworfenen müssen während der Strafzeit schweigen, und jede auch nur durch Zeichen gemachte Mittheilung ist streng untersagt (55.). Im Gespräch mit den Angestellten dürfen sie nur leise sprechen (56.). Wenn Gefangene von einem Orte zum andern gebracht werden sollen, so müssen die auch nicht absolut Isolirten schweigend und in gehöriger Entfernung Einer von dem Andern gehen; der Transport

der absolut Isolirten muß so eingerichtet werden, daß Einer den Andern nicht sehen und Keiner mit dem Andern einen Verkehr haben kann (60.). Die verschiedenen Geschäfte der Gefangenen, die Zeit, in der sie aufstehen müssen, werden durch Glockenschläge bezeichnet (63.). Eine Viertelstunde nach dem Zeichen des Aufstehens müssen alle Sträflinge in die angewiesenen Höfe gehen, die Nachtgeschirre ausleeren, sich waschen und ihre Krüge mit frischem Wasser füllen (64.). Hierauf beginnt der Morgengottesdienst. Bei den absolut Isolirten ist die Einrichtung so zu treffen, daß am Morgen Einer nach dem Andern herausgeführt wird, um die obigen Reinlichkeitsvorschriften zu beobachten, und wohnt dann im Innern seiner Zelle den Religionsübungen bei [6]) (65.). In den Arbeitssälen wird Jedem sein Platz angewiesen, von dem er sich nicht entfernen darf ohne vorgängige Erlaubniß des Aufsehers. — Kein Sträfling darf zu irgend einem Aufsichtsdienste in der Anstalt gebraucht werden (74.). Als Grundsatz für die Beschäftigung der Sträflinge ist (§. 76.) aufgestellt, daß ein Sträfling vor Allem zu denjenigen Arbeiten gebraucht werden soll, zu denen er am meisten Neigung hat und die er im Zustande der Freiheit am besten betreiben kann, um auf anständige Weise sich zu ernähren. — Nach §. 71. muß gesorgt werden, daß mit Rücksicht auf die Hausordnung und das Interesse der Arbeiten jeder Sträfling wenigstens eine halbe Stunde täglich im Freien zubringen kann, jedoch immer von den Uebrigen getrennt. In Bezug auf den Arbeitsverdienst verfügt art. 81, daß Kategorieen (und zwar 9) unter den Sträflingen gemacht werden sollen, und je nachdem ein Gefangener

6) Die Einrichtung ist so getroffen, daß am Ende eines Ganges ein Altar errichtet ist, an welchem der Gottesdienst gehalten wird. Die Sträflinge wohnen von ihrer Zelle aus dem Gottesdienste bei.

einer oder der anderen Kategorie angehört, mehr oder weniger Arbeitslohn erhält. Nach Art der Geschicklichkeit, nach seinem Betragen tritt Vorrücken in eine bessere Kategorie, in welcher mehr bezahlt wird, oder Zurücksetzung ein. Der Director bezeichnet der Reihe nach Gefangene, um häusliche Geschäfte z. B. in der Küche, in den Krankensälen zu verrichten. Nie aber dürfen die in der criminellen Abtheilung befindlichen Gefangenen zu einem Dienste in der correctionellen Abtheilung, und umgekehrt, die absolut Isolirten dürfen gar nie zu Diensten außer ihrer Zelle verwendet werden (89.). Wie diese Dienste anzurechnen sind, wird in art. 90. bestimmt. Alle Sträflinge müssen die Schule besuchen; die absolut Isolirten erhalten Unterricht in ihrer Zelle (106.). Der moralische und der religiöse Unterricht ist vorzüglich den in der Anstalt angestellten Geistlichen, dem Director und den Mitgliedern der Aufsichtsgesellschaft (von der wir unten näher sprechen werden) anvertraut (113.). Die absolut Isolirten müssen von den Geistlichen täglich, und von dem Director der Anstalt wenigstens zweimal wöchentlich besucht und unterrichtet werden. — Die Sträflinge müssen 5 mal im Jahre beichten und zum Abendmahle gehen. Besondere Vorschriften sind für den Fall ertheilt (122.), wenn ein Sträfling beharrlich die Erfüllung der religiösen Pflichten versäumt. Die §§. 127 — 137. beziehen sich auf die Kost, §. 138 — 157. auf die Einrichtung der Zellen, §. 158 ff. auf den Krankendienst, §. 182 ff. auf Maaßregeln für Erhaltung der Reinlichkeit. Die Besuche in der Strafanstalt sind sehr beschränkt (§. 190.), selbst die nächsten Verwandten der Sträflinge dürfen nur vermöge besonderer Erlaubniß des Vorstands ihre Verwandten und nur in Gegenwart der Aufseher sprechen (196.). Nur die Mitglieder der Aufsichtsgesellschaft dürfen die ihnen Anvertrauten besuchen und mit ihnen sprechen, ohne daß ein Aufseher dabei ist.

Als Disciplinarstrafen sind zulässig (§. 204.): die Privatermahnung, öffentlicher Verweis, Entziehung des Rechts des Spatziergangs, Verbot, sich bessere Speisen zu kaufen, Besuche zu empfangen, Entziehung des Fleischgenusses, geringere Kost, Einsperrung in die Zelle, Dunkelarrest. Die §§. 205 ff. bezeichnen genau den Umfang, in welchem diese Strafen erkannt werden können, die Bedingungen ihrer Zulässigkeit, und schreiben die Haltung eines genauen Registers über das Betragen eines jeden Sträflings vor. Acht Tage vor der Entlassung eines Sträflings soll er absolut isolirt werden, zwar beschäftigt seyn, aber oft die Besuche des Directors, der Geistlichen, der Mitglieder des Aufsichtsraths erhalten, um von ihnen geeigneten Rath, Stärkung und Anweisung zu erlangen. Auch soll der Director in den letzten 10 Tagen eines Monats der Aufsichtsgesellschaft Nachricht geben, welche Sträflinge in den nächsten 3 Monaten aus der Anstalt treten. Ueber die Behandlung der aus dem Gefängnisse Tretenden in den letzten Tagen und über das Verhältniß des Directors zu der Gefängnißaufsichtsgesellschaft enthalten die §§. 226 — 235. Vorschriften, wie sie keine andere Hausordnung enthält.

Eine aus 250 §§. bestehende Verordnung, ebenfalls vom 1. Juli 1847, bezieht sich auf die weiblichen Sträflinge in St. Gimignano. Sie ist darauf berechnet, daß der Dienst in der Anstalt von der religiösen Corporation der suore di carita verrichtet wird. Nach §. 5. ist diesen Schwestern, die unter der Leitung einer Oberin stehen, der moralische und der industrielle Unterricht, die Sicherheit, Aufsicht, die Hülfeleistung für die Gefangenen, die Disciplin und Alles übertragen, was auf den Dienst in der Anstalt sich bezieht. Die Oberin hat den Titel eines Vorstands der Anstalt, ist selbst verantwortlich für die Sicherheit und die Bewachung der Gefangenen. — Unsere

Leser bemerken leicht die Gefahren, welche aus dieser Einrichtung sich ergeben können. Es ist gewiß, daß durch die Berufstreue und ausdauernde Sorgfalt dieser Schwestern die Anstalt besser besorgt werden kann, als durch bezahlte (gewöhnlich schlecht bezahlte) Diener; allein diese religiösen Corporationen bestehen häufig nicht aus hinreichend gebildeten Mädchen, sondern aus Personen niedrigen Standes, die früh eine völlig einseitige Erziehung und Richtung bekamen und sich einbilden, daß der äußere Formendienst und die Beobachtung der vorgeschriebenen religiösen Uebungen die Hauptsache sey, daher ihre Einwirkungen auf die Sträflinge häufig eher nachtheilig als gut wirken, und wahre Besserung nicht hervorbringen, vielmehr Heuchelei erzeugen. Die Anstalt in San Gimignano besteht nach den neuesten Einrichtungen (§. 26.) aus 3 Abtheilungen: 1) der criminellen (enthaltend diejenigen weiblichen Sträflinge, welche der Zuchthausstrafe und Strafe der öffentlichen Arbeiten bei den Männern gleichsteht); 2) dem Gefängnisse (carcere, wohin alle kommen, die zu einer Kerkerstrafe von 2 Monaten oder darüber verurtheilt sind); 3) der correctionellen. Jede Abtheilung enthält wieder 2 Klassen, wovon die erste diejenigen verwahrt, welche als Rückfällige bestraft wurden. Nach art. 30. wird jede Gefangene in einer besonderen Zelle verwahrt, jedoch arbeitet sie gemeinschaftlich mit Andern; nur die Gefangenen der ersten Klasse sind der absoluten Isolirung unterworfen; bei ihnen tritt dann ähnliche Behandlung ein, wie bei den absolut isolirten männlichen Sträflingen in der Anstalt in Florenz. Jede Neuankommende wird (§. 47.) drei Tage lang in ihrer Zelle einsam verwahrt und vielfach von den Geistlichen und der Oberin besucht. Alle Gefangenen sind verpflichtet, das strenge Stillschweigen zu halten; nach art. 54. kann jedoch die Oberin den Gesang während der Erholungsstunden gestatten. Alle Gefangenen dürfen täglich eine Stunde

im Freien ſich bewegen (71.). Die häuslichen Dienſte werden (97.) den Gefangenen übertragen; nur nie den abſolut Iſolirten, und immer ſo, daß keine Abtheilung mit einer andern in Berührung kommt. Unterricht in der Schule muß Allen ertheilt werden; die abſolut Iſolirten erhalten ihn in ihrer Zelle (113.). Die Hausordnung, da ſie mit großer Vollſtändigkeit auf viele Verhältniſſe Rückſicht nimmt, die in allen ähnlichen Verordnungen nicht beachtet werden, verdient Aufmerkſamkeit.

Die bisherigen Nachweiſungen lehren, daß das Syſtem der abſoluten Iſolirung auch in Toskana Eingang gefunden hat, jedoch ſo, daß es nicht für alle Sträflinge angewendet wird. Eine weſentliche Ergänzung des Pönitentiarſyſtems iſt erſt durch die ſeit einem Jahre in das Leben getretene Geſellſchaft der Schutzaufſicht über die entlaſſenen Sträflinge bewirkt worden. Schon die oben angeführte Verordnung über die Gefängniſſe hatte §. 256 — 266. vorgeſchrieben, daß für die Gründung von Vereinen wohlthätiger Perſonen gewirkt werden ſoll, welche die Aufſicht über die Gefängniſſe und den Beſuch der Gefangenen übernehmen ſollten. In Florenz bildete ſich nun 1846 ein Verein einer ſolchen Schutzaufſicht. Ehrenwerthe Männer aus allen Klaſſen der bürgerlichen Geſellſchaft traten bei, theils als zahlende theils als thätig ihre Dienſte zuſagende Mitglieder. Die Einkünfte des Vereins betrugen ſchon im erſten Jahre 3090 Lire. Die Thätigkeit des Vereins geht theils darauf, in der Anſtalt die Sträflinge zu beſuchen [7]), theils nach ihrer Entlaſſung für ihr Unterkommen zu ſorgen, und eine Art von Aufſicht über ſie zu übernehmen, ſie zu unterſtützen und vor Rückfällen zu bewahren. Der Vereinsrath entſcheidet, ob ein Entlaſſe-

7) Es ſind 12 beſuchende Mitglieder, die nicht von der Regierung gewählt werden.

ner, der sich der Aufsicht unterwerfen will, der Unterstützung des Vereins würdig ist oder nicht. Es erfolgten eigene Instructionen (v. 26. Sept. 1846) für diejenigen, welche den Besuch der Strafanstalten übernehmen mit Hinweisung auf ihre nächsten Pflichten, ebenso Instructionen für diejenigen Mitglieder, welche die Unterbringung der Entlassenen bei Gewerbsleuten zur Aufgabe ihres Wirkens machen. Die Anweisungen sind sehr wohl durchdacht.

Vor uns liegt der erste Bericht, den die Gesellschaft über ihre Wirksamkeit im Jahre 1846 erstattet hat. Man sieht daraus, daß die Gesellschaft bereits Früchte getragen hat. Schon wurden 12 Entlassene der wohlthätigen Sorgfalt der Gesellschaft unterworfen, und der Bericht giebt Nachricht, daß sie gehörig untergebracht wurden und sich im Ganzen gut betrugen. Jeder erhielt einen Patron, der ihn beaufsichtigt. Der Bericht spricht von dem guten Zustande des Gefängnisses in Florenz, in welchem die Sträflinge in verschiedenen Gewerben gehörig in kleinen Abtheilungen beschäftigt werden; er spricht den Wunsch aus, daß man für eine Abtheilung (die der Rückfälligen) das System der absoluten Isolirung einführen möge [9]. Als Gebrechen der bestehenden Einrichtung werden angegeben, daß die Spatziergänge in den Höfen, welche zu enge sind, nicht zweckmäßig bewerkstelligt werden können, und eine gehörige Aufsicht, um das Gesetz des Stillschweigens durchzuführen, kaum möglich ist. Die Commission hält es für passend, wenn bei den Sträflingen gymnastische Uebungen und Gesang eingeführt würden. In Bezug auf Sträflinge, die von dem Lande hereinkommen, läßt sich, wie der Bericht bemerkt, nicht hoffen, daß diese

---

8) Primo Rapporto della societa di patrocinio per il liberati di Firenze. 1847.

9) Wie oben bemerkt, ist dies durch das Reglement vom 1. Juli 1847 geschehen.

Leute, wenn sie in ihre Heimath zurückkommen, durch die häufig schlecht in der Anstalt erlernten Gewerbe ihren Unterhalt sich erwerben können; und Errichtung von Ackerbaucolonieen, und wenn man dies nicht kann, die Anordnung, daß solche Leute in der Anstalt mit Garten- und Feldarbeit beschäftigt würden, werden vorgeschlagen. — Ein Preis von 50 Lire wurde einem der entlassenen Sträflinge wegen seiner guten Aufführung zuerkannt. Aufmerksam müssen wir noch unsere Leser auf die Nachrichten machen, welche auf dem Gefängnißcongreß in Brüssel im September 1847 Hr. Peruzzi aus Florenz über die Richtung der neuen Gesetzgebung Toskana's mitgetheilt hat. Es ergiebt sich daraus[10]), daß nach dem Willen des Großherzogs die Todesstrafe und die Galeerenstrafe aufgehoben werden sollen. —

Ueber dasjenige, was in Neapel für die Verbesserung des Gefängnißwesens geschehen ist, haben wir bereits an einem andern Orte umständlich Nachricht gegeben [11]). Wir haben insbesondere die Wichtigkeit des Werkes von Volpicella über Gefängnißeinrichtung [12]) hervorgehoben und die neueste neapolitanische Verordnung über Gefängnisse mitgetheilt. Indem wir, um nicht wiederholen zu müssen, darauf verweisen, bemerken wir nur, daß seit dieser Zeit für die Erbauung und Verbesserung von Strafanstalten nichts geschehen ist, und die von uns geschilderten Hindernisse des Fortschritts, vorzüglich die Uebermacht der Polizei, die eigentlich alle Gewalten in sich aufnimmt und ihre Wirksamkeit lähmt, noch fortdauern.

---

10) Vorläufige Mittheilungen in der Revue de législation par Wolowski. 1847 Octobre, p. 209.

11) In den Jahrbüchern der Gefängnißkunde von Julius, Nöllner, Varrentrapp Bd. VIII. S. 42.

12) Volpicella proposta di una compiuta riforma delle *prigioni*. Napoli 1845. 1. Vol.

Erfreulicher ist, was in Bezug auf die Fortschritte des Gefängnißwesens in Sardinien mitgetheilt werden kann. Eine Königl. Verordnung vom 24. Julius 1846 verfügt die Errichtung einer Aufsichtscommission bei jeder Centralstrafanstalt; sie soll aus zwei von dem Könige ernannten Unterthanen und dem Vorstande [13]) der Anstalt bestehen, monatlich das Gefängniß besuchen und ihre Bemerkungen und Vorschläge in einem Protokoll angeben. — Eine Verordnung vom 17. Juni 1847 (aus 102 §§.) enthält Vorschriften über die Ordnung und Disciplin der Pönitentiaranstalten des Königreichs für männliche großjährige Sträflinge. Die Pflichten eines jeden bei der Anstalt Angestellten sind genau angegeben, insbesondere auch §. 34—37. die Thätigkeit des Gefängnißgeistlichen. Barmherzige Schwestern (bis zu 6) sind unter der Leitung des Directors und Inspectors mit der Sorge für die Kranken und mit der Küche beauftragt (45.). Zwei Brüder der christlichen Schulen geben den Unterricht (38.). Jeder neu in die Anstalt Tretende wird während 8 Tage in seiner Zelle absolut isolirt (60.), und arbeitet dann, wenn keine Besorgnisse da sind, gemeinschaftlich mit den Uebrigen. Jeder muß täglich 10 Stunden lang arbeiten, ein Drittel des Arbeitsverdienstes gebührt dem Sträfling (78.). Jeder ist zum strengsten Stillschweigen angehalten (79.). Als Disciplinarstrafen sind angegebən (90.): Entziehung des Rechts des Spaziergangs mit absoluter Isolirung, Einsperrung bei Wasser und Brod, Anlegung von Ketten. Strafen, die drei Tage einsamer Einsperrung oder einen Tag Einsperrung mit Ketten übersteigen, können nur von der Aufsichtscommission erkannt werden (89.). Die Vergehen, wegen wel-

---

13) Ein wahres Vertrauen zu einer solchen Aufsichtscommission kann erst begründet seyn, wenn auch die Bürger die Mitglieder wählen oder wenigstens die Candidaten vorschlagen, aus welchen der König wählt.

cher Disciplinarstrafen eintreten, werden im §. 92. bezeichnet. — Eine Hausordnung vom 5. Sept. 1846 (aus 101 §§.) bestimmt die Ordnung und Disciplin in der neu erbauten Pönitentiaranstalt in Alessandria mit genauer Bestimmung der Pflichten aller Angestellten. Dem Hausgeistlichen ist der häufige Besuch der Gefangenen, die Wahl der Lectüre derselben, der Elementarunterricht, den wenigstens die Sträflinge von nicht vorgerücktem Alter erhalten, wenn sie sich gut betragen [14]), die Führung eines genauen Registers über das moralische Betragen jedes Sträflings, zur Pflicht gemacht (36). Auch in dieser Anstalt wird jeder neu Eintretende während 8 Tage absolut isolirt, in dieser Zeit oft besucht. Jeder Sträfling wird zur Arbeit angehalten (art. 74.). Als Beschäftigung ist angeführt die Schuhmacher-, Schneider-, Weber-, Zimmermannsarbeit. Kein Sträfling darf sprechen (78.). Die Disciplinarstrafen (90.) sind die oben in dem Reglement für Pönitentiarhäuser angegebenen. Eine aus 238 §§. bestehende Hausordnung ist für die Centralstrafanstalt in Pallanza, die nur weibliche Sträflinge enthält, bestimmt. Diese 1838 ergangene Verordnung wurde später vielfach verbessert. Es wurden barmherzige Schwestern als Aufseherinnen eingeführt. Die Gefangenen werden sowohl zu Arbeiten zum Besten des Unternehmers der Anstalt, als zu den von Privatpersonen bestellten Arbeiten und zu häuslichen Verrichtungen gebraucht. Stillschweigen ist eingeführt; nur gemeinschaftlicher, besonders religiöser Gesang ist erlaubt (50).

---

14) Es ist auffallend, daß das Reglement art. 36. nur denen, welche sich gut betragen, den Schulunterricht verspricht, also als Belohnung. Sollte denn nicht das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft und die Pflicht derselben, durch geistige Ausbildung der Sträflinge auf ihre Besserung zu wirken, die Allgemeinheit der Vorschrift rechtfertigen, daß Jeder Schulunterricht erhalte?

Die bedeutendste neue Einrichtung in Sardinien ist die der correctionellen Anstalt für jugendliche Uebertreter, bei Turin Generala genannt. Jene Anstalt wurde im April 1845 eröffnet. Nach der Königlichen Verfügung vom 30. Januar 1845 ist sie bestimmt, Knaben, die nicht über 18 Jahre alt sind, aufzunehmen, und zwar wenn entweder der Gerichtshof die Verbringung in die Anstalt bei denjenigen Uebertretern verordnet, welche ohne Unterscheidungskraft gehandelt oder auch überwiesen sind, mit Unterscheidungskraft gehandelt zu haben, ferner welche auf Antrag der Eltern zur Besserung in eine Correctionsanstalt gebracht werden sollen, oder sonst von der Staatsregierung geeignet gefunden werden, in eine Besserungsanstalt gebracht zu werden. Nach einer neuen Verordnung vom 27. Sept. 1847 dürfen Knaben, die über 20 Jahre alt sind, nicht mehr in der Anstalt bleiben, und in Zukunft keine aufgenommen werden, die über 16 Jahre alt sind. Eine Hausordnung erging am 12. April 1845. Nach Verordnung vom 6. August 1847 ist eine besondere Aufsichtscommission angeordnet, welche aus einem Präsidenten und zwei von dem Könige ernannten Unterthanen besteht, die Anstalt wenigstens monatlich einmal besucht, Bericht über ihren Zustand erstattet und gehört werden muß, wenn eine 3 Tage einsamer Einsperrung übersteigende Disciplinarstrafe erkannt werden soll. Die Direction der Anstalt ist einem würdigen Geistlichen, der in Marseille durch seine Bemühungen um eine ähnliche Anstalt sich große Achtung erwarb, Hrn. Fissiaux übertragen; sie ist Besserungsanstalt, mit der Richtung daß die jugendlichen Uebertreter unterrichtet, gebessert und ebenso in Gewerbsarbeiten als in der Landarbeit beschäftigt werden sollen. Zwei von dem Vorstande erstattete Berichte, die reich an interessanten Beobachtungen über Behandlung jugendlicher Sträflinge sind, liegen uns

vor [15]). Wir erfahren, daß die bei der Gründung der Anstalt aufgenommenen Knaben wenig Hoffnungen auf ihre Besserung gaben, schamlos, physisch und moralisch verdorben, zu jeder Art von Verbrechen geneigt, zweimal Aufruhr versuchten, einen der Aufseher gefährlich verwundeten und keiner Ordnung sich fügen wollten. Man brachte 5 Knaben wegen ihres schlechten Betragens wieder in ihre vorigen Gefängnisse; aber dies machte keinen Eindruck; die Zurückgebliebenen beneideten das Loos jener 5. Die Festigkeit und der praktische mit Wohlwollen gepaarte Sinn des Vorstandes siegte dennoch. Die Bevölkerung der Anstalt ist in 3 Klassen getheilt: 1) die Ehren-, 2) Prüfungs-, 3) Strafklasse. Im Jahr 1845 waren 135 Knaben in der Anstalt; von diesen kamen wegen ihrer guten Aufführung 23 in die Ehrenklasse und 7 erhielten das Verdienstkreuz. Die Knaben werden im Lesen, Schreiben, Rechnen, Zeichnen und in der Musik unterrichtet; sie erlernen entweder Gewerbe oder werden im Garten und auf dem Felde beschäftigt. Hr. Fissiaux versichert, daß von allen Besserungsversuchen der des Musikunterrichts am besten sich bewährte; man errichtete ein Musikcorps von 35 Knaben; die dahin gehörigen Knaben betrugen sich vorzüglich gut. Die strengste Aufsicht wird durchgeführt; und unerbittlich tritt Strafe der Schuldigen ein, entweder Dunkelarrest oder einsame Zelle, oder Arrest bei Wasser und Brod, Entziehung von Vortheilen, Ausstreichung aus der Ehrenklasse, Versetzung in die Strafklasse. Belohnungen sind: Versetzung in höhere Klassen, Auszeichnungen in der Ehrenklasse, Erhebung zum Korporal. Gehörige Bewegung der Knaben wirkt auf ihre Gesundheit. Es kam kein To-

---

15) Rapport sur les premiers résultats obténus dans la maison d'éducation correctionelle pour les jeunes détenus du Royaume de Sardaigne, par M. Fissiaux. Turin 1846, und second rapport, Turin 1847.

desfall 1845 vor, und alle 10 Tage hatte man einen Kranken. — Im Jahr 1846 machte die Anstalt noch größere Fortschritte. 243 Knaben waren aufgenommen; seit Eröffnung der Anstalt wurden 51 entlassen, von denen 3 rückfällig wurden. Man fand es zweckmäßig, eine 4te Klasse den oben genannten drei beizufügen, die Klasse der Auszeichnung (diejenigen enthaltend, welche wenigstens 6 Monate sehr gut sich betrugen), darin befanden sich 14 Knaben, in der 2ten Klasse (der Belohnung) 33, in der Prüfungsklasse 119, in der Strafklasse 26. Immer mehr zeigen sich wohlthätige Früchte; aus der zweiten Klasse kamen 14 in die erste, und nur 3 wurden in die Prüfungsklasse versetzt. Nur ein Todesfall kam vor. Der Gesundheitszustand ist günstig; man hatte alle 6 Tage auf 100 Knaben einen Kranken. — Im J. 1846 wurde auch in Turin ein Schutzverein für die aus der Generala entlassenen Sträflinge gestiftet, dessen Statuten der oben angeführten Florentiner Gesellschaft nachgebildet sind; leider scheinen sich Hindernisse der Ausführung ergeben zu haben, da der Bericht über die Generala von 1847 die Hoffnung ausspricht, daß der Verein bald definitiv organisirt seyn wird.

Von den Fortschritten des Pönitentiarsystems in dem lombardisch-venetianischen Königreiche ist leider nichts anzuführen, obwohl man weiß, daß die Regierung Verbesserungen beabsichtigt; wichtiger ist dagegen das Wirken des im Jahre 1845 gegründeten Mailänder Schutzvereins [16]. Er ist eigenthümlich, da er nicht blos die Unterstützung der entlassenen Sträflinge durch Sorge für ihr Fortkommen bezweckt, sondern eine Besserungs- und Beschäftigungsanstalt (ospizio della misericordia) für diejenigen Entlassenen gründet, welche ganz arm sind, keine lebenden

16) Auch davon habe ich in den Jahrbüchern der Gefängnißkunde VIII. S. 49. Nachricht gegeben.

oder nur arme Eltern und Verwandte haben, hinreichende Kräfte besitzen um arbeiten zu können, und nachsuchen in die Beschäftigungsanstalt aufgenommen zu werden. Ueber das Wirken dieser Anstalt liegen uns Berichte vor[17]). Zur Aufnahme in die erwähnte Anstalt fand man vorerst solche Entlassene geeignet, die noch minderjährig und für die keine anderen Mittel der Unterbringung geboten waren. Man hielt es für nothwendig, die genauesten Nachrichten über den bisherigen Lebenswandel und alle Verhältnisse der Entlassenen zu sammeln, um darnach bemessen zu können, wie für sie zweckmäßig gesorgt werden könnte. Man hatte (nach dem Berichte vom Mai 1847) solche Forschungen in Bezug auf 1000 Entlassene (unter ihnen 662 Minderjährige) ausgedehnt. Das Ergebniß ist niederschlagend und lehrt, daß Elend und ein Zustand der Verlassenheit im zarten Alter, Mangel an Unterricht und schlechte Gesellschaft die Ursachen der Verbrechen sind. Der Verein mußte zunächst nur derjenigen sich annehmen, deren Betragen einige Hoffnung gab, daß bei ihnen die Bemühungen der Gesellschaft fruchten würden. Der Bericht beklagt, daß die Besuche in den meisten Gefängnissen, um die Sträflinge gehörig kennen zu lernen, nicht gestattet werden[18]). Im J. 1846 nahm man nur 54 (die meisten Minderjährige) in die Beschäftigungsanstalt auf, 40 wurden außer der Anstalt Patronen zugetheilt. In Ansehung der Aufnahme in die Anstalt bemerkt der Bericht, wie vorsichtig man seyn muß, weil leicht ein einziger Heuchler die Uebrigen verderben kann, daher vorerst Jeder nur auf 1 Monat provisorisch aufgenommen wird. Auch zeigten sich Schwierigkeiten, tüchtige Lehrmeister zu finden; als zweckmäßig bewährte sich die

---

17) Patronato pei carcerati e liberati dal carcere Rendiconto 1846. 1847. Milano 1846. 1847.

18) Auch hier zeigt sich wieder der verderbliche Einfluß des Geistes des Mißtrauens der Polizei.

Einrichtung, in die Anstalt erfahrene tüchtige freie Arbeiter aufzunehmen, unter und mit denen die entlassenen Sträflinge gehörig arbeiteten und einen lobenswerthen Wetteifer an den Tag legten. Auf moralische und religiöse Einwirkung wurde ebenso wie auf den Elementarunterricht besonderer Werth gelegt. Von den seit 16 Monaten aufgenommenen 54 Individuen befanden sich 40 noch in der Anstalt, 4 entwichen bald, 1 wurde wegen beharrlichen Müßiggangs, 1 wegen unheilbarer Krankheit entfernt, 7 wurden gut bei Handwerkern untergebracht. Von 40 außerhalb der Anstalt Unterstützten wurden 5 rückfällig, Einer starb, bei 5 ist das Betragen zweifelhaft, 21 betragen sich gut, 8 vorzüglich.

(Fortsetzung folgt.)

XIX.

Ueber den gegenwärtigen Zustand der Strafgesetzgebung, die Gebrechen derselben und die Gesichtspunkte ihrer Verbesserung.

Von
Mittermaier.

Es ist Zeit, einen Blick auf den Zustand unserer Strafgesetzgebung zu werfen und zu prüfen, welche Früchte wir den neuen gesetzgeberischen Erzeugnissen verdanken, welche Wirksamkeit die neuen Strafgesetze bewährten, welche Nachtheile und Lücken bemerkbar sind. Nach dem innigen Zusammenhange, in welchem die Gesetzgebung mit der Wissenschaft steht, können die Fortschritte der letzteren nicht ohne Rückwirkung auf die erste bleiben. Die besseren wissenschaftlichen Ansichten über den Grundsatz des Strafrechts, über die Stellung des Richters zum Gesetze, über Zurechnung müssen den Gesetzgeber auf die Grundgebrechen aufmerksam machen, welche die Folgen irriger vorher allgemein für richtig gehaltenen wissenschaftlichen Ansichten sind. Die täglich sich mehrenden Erfahrungen über die Wirksamkeit der bisherigen Strafarten fordern gebieterisch eine Umgestaltung der gesetzlichen Vorschriften, *die früher* auf andere Ansichten über die Wirksamkeit der *Strafe* gebaut waren.

Eine merkwürdige Erscheinung bietet in dieser Beziehung v. Feuerbach. Er, der geniale Bearbeiter des Baierischen Strafgesetzbuchs, trat später in die Praxis und hatte als mehrjähriger Vorstand des Gerichts, welches das Baierische Gesetzbuch anzuwenden hatte, die beste Gelegenheit, sein Werk an der Rechtsübung zu beobachten. Nach seinem Tode fand sich nun ein vollständiger Entwurf des Strafgesetzbuchs für Baiern vor. Dieser Entwurf, eine Frucht der Beobachtungen und wiederholten Forschungen Feuerbachs, enthält eine Revision des bestehenden Gesetzbuchs. Die vielfachen Abänderungen eben in Lehren, in welchen Feuerbach früher mit Heftigkeit die entgegengesetzten Ansichten bekämpfte, die er im Entwurfe nun annimmt, sind bedeutend, weil sie die Zugeständnisse des geistreichen Mannes sind, der seinen Geist der mächtigen Stimme der Erfahrung nicht verschließen konnte. Wir finden in dem Entwurfe Feuerbachs keinen bürgerlichen Tod mehr; der entfernte Versuch durch Vorbereitungshandlungen, z. B. Giftkauf, ist nicht mehr mit Strafe bedroht; der Anfangspunkt der Strafbarkeit des Versuchs ist genauer als in anderen Gesetzbüchern bezeichnet [1]). Der im Baier. Gesetzbuche aufgestellte Begriff des bösen Vorsatzes findet sich nicht mehr, und die Vermuthung des Dolus ist verschwunden (IV. 3.). Bei der Fahrlässigkeit ist unter dem Ausdruck: Frevel, die aus Muthwillen oder Gleichgültigkeit gegen die Folgen verübte Handlung hervorgehoben und soll mit einer der vorsätzlichen nahekommenden Strafe geahndet werden; dagegen wird die

---

1) Als naher Versuch (Tit. III. Art. 24.) wird erklärt: 1) wenn der Verbrecher die Ausführung derjenigen Handlung, wodurch das Verbrechen vollendet werden sollte, bereits begonnen hat; 2) oder, um sie zu vollbringen, am Orte des Verbrechens gegenwärtig und in Bereitschaft war; oder 3) zur gemeinschaftlichen Verübung des Verbrechens eine Verbindung mit Anderen abgeschlossen hat.

Fahrlässigkeit nur mehr bei Tödtung, Körperverletzung, gemeingefährlicher Beschädigung und Brandstiftung für strafbar erklärt (6. 7.). In der Lehre von der Zurechnung, wo Feuerbach so heftig die von dem Verfasser dieses Aufsatzes vorgeschlagene Berücksichtigung der Fälle der sogenannten mania sine delirio angegriffen hatte, stellte er in seinem Entwurfe (V. 13.) selbst den Satz auf: daß von Zurechnung auch diejenigen frei seyn sollten, welche durch einen in erwiesener Gemüths-, Geistes- oder Körperkrankheit gegründeten unwiderstehlichen Trieb außer Stand gesetzt sind, nach Willkür die mit Strafe bedrohte Handlung zu unterlassen. — Welche Erfahrungen müssen auf Feuerbach, den heftigen Gegner des richterlichen Milderungsrechts, eingewirkt haben, bis er sich entschliessen konnte, in seinen Entwurf auch den Art. 7. Tit. VI. aufzunehmen; daß die Gerichte das Recht die Strafe zu mildern dann haben sollten, wenn 1) eine der im Tit. IV. Art. 13. 14. (von den Gründen der Aufhebung der Zurechnung) bezeichneten Ursachen, oder Zustände, zwar nicht vollkommen um alle Zurechnung auszuschließen, aber doch im hohen Grade vorhanden waren, 2) oder wenn im ungewöhnlichen Falle so viele und so starke mildernde Gründe zusammentreffen, daß die gesetzliche Strafe mit der Schuld des Thäters außer Verhältniß erscheint. Jene in der Rechtsanwendung in Baiern zur furchtbaren Härte führende Rückfallstheorie findet sich nicht mehr im Entwurfe; an ihrer Stelle ist der Satz (V. 15—17.) gesetzt, daß der Rückfall als beschwerender Umstand erklärt ist, und dann, daß der Richter ermächtigt wird, für schwere Fälle die Strafe um die Hälfte, allenfalls auf das Doppelte zu erhöhen. — Auffallend ist es, daß die übertriebene Härte der Strafbestimmungen des Baierischen Gesetzbuchs in Bezug auf öffentliche Verbrechen nicht gemildert ist; bei dem Aufstand und Aufruhr ist noch ein dem Baier. Gesetzbuche

unbekanntes Verbrechen, das der öffentlichen Gewalt, eingeschoben, und bei der Widersetzung u. A. ist es als Milderungsgrund erklärt, wenn die Obrigkeit durch Ueberschreitung ihrer Gewalt, oder Uebertretung der Gesetze oder Verletzung der Rechte der Unterthanen Ursache zur Widersetzung gab. — Bei der Kindestödtung ist das Merkmal der Neugeborenheit (Tit. IV. Art. 2.) nicht mehr, wie im Gesetzbuche, von den 3 Tagen abhängig gemacht, sondern der Entwürf sagt: für neugeboren ist das Kind so lange zu achten, als dasselbe noch keine Nahrung empfangen und noch Niemand Kenntniß von dessen Geburt erlangt hat, allenfalls diejenigen ausgenommen, welche mit der Mutter zum verbrecherischen Vorhaben einverstanden waren [2]).

Bei der Körperverletzung ist der nach allen Gesetzgebungen schwierige Begriff der Körperverletzung (Tit. V.) im Entwurf in der Art bestimmt, daß zuerst als der Thätlichkeit schuldig derjenige erklärt wird, der ohne Absicht zu tödten durch rechtswidrigen Angriff auf den Körper eines Andern demselben Schimpf, Schmerz oder Schaden zufügt; hier setzt der Entwurf hinzu: eine Thätlichkeit, welche dem Angegriffenen an seiner Gesundheit Schaden zufügt, ist Körperverletzung. — In der Lehre vom Diebstahl ist nicht mehr, wie in dem Baier. Gesetzbuche, Diebstahl und Unterschlagung unter 5 Fl. als Polizeiübertretung erklärt, sondern auch diese Handlungen werden als gemeine Diebstähle gerichtlich bestraft. — Die bisherigen Mittheilungen mögen genügen, um zu zeigen, wie lehrreich die Erfahrung für den Gesetzgeber ist. —

Sammelt man die Stimmen derjenigen, welche in den einzelnen Ländern, in welchen neue Strafgesetzbücher

2) Der Entwurf stellt auch eine Begriffsbestimmung der Lebensfähigkeit auf, und nennt lebensfähig das Kind, welches menschlich gestaltet, das zum selbstständigen Leben die erforderlichen Gliedmaßen nebst gehöriger Reife besitzt.

bestehen, die Gesetze anzuwenden haben, und die Ansichten verständiger Bürger über die Rechtsprechung, so gestehen sie als entschiedene Vorzüge des neu eingeführten Zustandes ein, daß zahllose Streitigkeiten über Streitfragen verschwunden sind, daß manche unzweckmäßige Strafarten, z. B. körperliche Züchtigung, nicht mehr angewendet werden, daß vorzüglich in Ländern, in denen vor dem neuen Gesetzbuche neben der Carolina einzelne, gewöhnlich im Geiste einer furchtbaren Abschreckungstheorie und sonst durch einzelne Vorfälle von dem zürnenden Gesetzgeber erlassene Strafgesetze z. B. über Diebstahl, Brandstiftung u. A. galten, die unpassenden und ungerechten Strafurtheile nicht mehr vorkommen, daß auch durch zweckmäßige Bestimmungen z. B. über den Thatbestand einzelner Verbrechen gerechte Urtheile möglich würden, z. B. in Bezug auf die Tödtung; allein die Erwartungen, welche die neuen Gesetzgeber von ihren Werken hatten, sind größtentheils nicht eingetreten. Nach den statistischen Tabellen nimmt die Zahl der Verbrechen in den Ländern der neuen Strafgesetzbücher zu, statt abzunehmen, zum deutlichen Beweise, daß die Strafgesetze nicht wirksam sind. Die Hoffnung, daß die Begnadigungsgesuche sich vermindern werden, weil die neuen Strafbestimmungen, wie man behauptete, weit milder als die früheren wären, ist nicht in Erfüllung gegangen; der Regent wird bestürmt mit solchen Gesuchen, und wenn auch die Männer, welche dem Regenten in dieser Beziehung zu rathen haben, es für nothwendig halten, nicht zu freigebig mit Begnadigungen zu seyn, so können sie doch nicht verkennen, daß in einer sehr großen Zahl von Fällen das nach dem neuen Gesetze gefällte Strafurtheil unverhältnißmäßig strenge ist und die Grundsätze der materiellen Gerechtigkeit verletzt. Unsere Gesetzgeber versichern in den vorgelegten Motiven zu den Entwürfen und in den Ständeversammlungen, daß sie Anhänger des Gerechtigkeitsprin-

cips sind; aber es ist nicht schwierig nachzuweisen, daß kein rechter Ernst bei diesen Versicherungen war, und bei sehr vielen Bestimmungen des Gesetzes bemerkt man die Einwirkungen der Abschreckungstheorie, und Hepp hat sehr Recht, wenn er bei einer Reihe von Artikeln des Württembergischen Gesetzbuchs den Einfluß des Abschreckungsgrundsatzes nachweist [3]).

Wer kann, wenn er die Bestimmungen der neuen Gesetzbücher über die Zumessungsgründe liest, wo fast wörtlich die aus dem Feuerbachschen Lehrbuche in Gesetzesform gebrachten Vorschriften des Baierischen Gesetzbuchs abgeschrieben sind, Zweifel hegen, daß man damit dem Abschreckungsprincipe habe huldigen wollen? Jeder, der mit dem Strafrechte sich beschäftigt, weiß, wie unvermerkt gewisse früh angenommene Vorstellungen sich unsrer bemächtigen und mit den besseren Ansichten sich vermischen. Unwillkürlich sind die Männer, welche Einfluß auf die Strafgesetzgebung haben, von den Sätzen der Abschreckungstheorie, die sie in ihrer Jugend eingesogen haben, beherrscht. Die Vorschriften unsrer Gesetzbücher über die Staatsverbrechen sind mehr oder minder nur Geburten der Abschreckungstheorie; schwerlich würde man sonst schon die bloße Verabredung von zwei Personen zum Umsturz der bestehenden Verfassung mit schweren entehrenden Strafen bedroht haben. Die Berathungen der Ständeversammlungen über solche Kapitel sind gewöhnlich die ungenügendsten, weil eine angebliche Zartheit Manche abhält, über die, wie man sagt, zarte Lehre von der Majestätsbeleidigung offen zu sprechen, oder Andere sich scheuen, dem von dem Ministerium ausgesprochenen Grundsatze entgegenzutreten, daß in Bezug auf Angriffe gegen den Staat besondere Strenge nothwendig sey.

3) Hepp Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme. II. Th. S. 281. 84.

Man schlägt nicht selten den angeblichen Vortheil, daß durch die neue Gesetzgebung die zahllosen durch den Widerstreit wissenschaftlicher Forschungen hervorgerufenen Streitfragen abgeschnitten seyen, viel zu hoch an; denn schon überhaupt muß man, wenn man die Berathungen der Ständeverhandlungen über Gesetzbücher liest, bezweifeln, ob eine Zahl von Männern, welche die Wissenschaft im Munde führt, mit ihr so vertraut ist, daß sie zum Schiedsrichter darüber sich aufwerfen könne, was von den wissenschaftlichen Forschungen durch die Gesetzgebung festgestellt werden soll; mit dem flüchtigen Durchblättern von ein Paar Schriften, die eben an der Tagesordnung sind, ist es nicht gethan, und so geschieht es nicht selten, daß die mit der Gesetzgebung Beschäftigten einen Satz, der ihnen eben der wahre scheint, als angebliche Forderung der Wissenschaft zum Gesetz erheben; auf jeden Fall wird jeder Gesetzgeber durch die eben zu seiner Zeit von angesehenen Juristen gelehrten Ansichten bestimmt, und folgt ihnen, während die Wissenschaft nicht stille steht und die rastlos fortschreitenden Forschungen in wenigen Jahren etwas als grundlos darstellen, was kurze Zeit vorher als Weisheit angestaunt war. Je mehr nun unsere Strafgesetzgeber in dem Streben nach Vollständigkeit Sätze, die rein der Doktrin angehören, als gesetzliche Vorschriften aufstellen, desto mehr laufen sie Gefahr, Rechtsansichten, die der Tageswissenschaft angehören, während die nächste Zeit den Irrthum derselben zeigt, den Stempel des Gesetzes aufzudrücken, und so Irrthümer zu verewigen. Aus einer neuen Ausgabe seines Lehrbuchs mochte Feuerbach die von ihm für Wahrheit gehaltene Ansicht der Vermuthung des Dolus ausstreichen oder seine von der Wissenschaft als irrig nachgewiesenen Ansichten über das Princip der Zurechnung berichtigen; dadurch aber, daß sie in das Gesetzbuch aufgenommen waren, erhielten sie einen bleibenden Charakter,

die Richter mußten den Irrthum, weil er zum Gesetz erhoben war, befolgen. Es ist ein größeres Glück, wenn der Gesetzgeber der Wissenschaft und dem Ermessen des Richters, der die Wissenschaft beachtet, eine große Mehrzahl von Bestimmungen überläßt, welche unsere Gesetzgeber im Gesetze zu entscheiden suchen, z. B. in Bezug auf die fortgesetzten Verbrechen. Ein schlagendes Beispiel des Nachtheils, den der Einfluß einer zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs herrschenden Rechtsansicht ausübt, wenn der Gesetzgeber sich durch sie bestimmen läßt, bietet die Lehre vom Complotte. Feuerbach, der ohnehin den Begriff des Versuchs auf alle Vorbereitungshandlungen ausdehnte, hatte die Theorie des Complotts, nach welchem alle Verschwornen mit gleicher Strafe bestraft werden sollen, aufgestellt. Jeder wissenschaftliche Jurist muß aber zugeben, daß die ganze Lehre von dem Complotte mit allen ihren Folgerungen auf einer unwissenschaftlichen Grundlage beruht und einem gerechten Principe nicht entspricht, von willkürlichen Fictionen ausgeht. Jeder verständige Praktiker muß gestehen, daß in der Rechtsanwendung die Vorschriften über Complott, bei welchen selbst in der Anwendung die höchste Verschiedenheit der Ansichten entsteht[4]), zu höchst ungerechten Urtheilen führt und den Gerichtshöfen ewig Streitigkeiten erzeugt und den Richter nöthigt, Urtheile im Widerspruche mit allen Lebensverhältnissen zu erlassen, z. B. wenn jeder geistig und körperlich noch so unbedeutende Mensch zu einem intellectuellen Miturheber gestempelt werden soll, blos weil er bei den Berathungen gegenwärtig war und sein Ja dazu gegeben hat, oder wenn der sogenannte Complottant dennoch als strafbar erklärt wird, wenn er auch vorher seinen Austritt ankündigte, aber der Obrigkeit nicht die Anzeige machte, oder das Ver-

---

4) Hepp in diesem Archiv. 1846. S. 330.

brechen gehindert hat [5]). Wir fragen jeden Gesetzgeber, wenn er sich in die menschlichen Verhältnisse klar hineindenkt und die Hand auf das Herz legt, ob er in solcher Lage, nachdem er ernst den Kameraden seinen Austritt angezeigt hat, noch bei der Obrigkeit seine Freunde verräth, oder Anstalten zur Verhinderung des Verbrechens macht, bei denen er voraussehen muß, daß er sich und seine Freunde gefährden werde? Die Grundfehler der neuen Strafgesetzbücher lassen sich nach den Zeugnissen der Praktiker der Länder, in denen jene Gesetze gelten, und nach den Stimmen der Bürger darauf zurückführen, 1) daß die Strafarten unzweckmäßig gewählt, die Freiheitsstrafen ungenügend eingerichtet sind, daß manche Vorschriften, z. B. wegen Stellung unter Polizeiaufsicht, die Begehung neuer Verbrechen erzeugt, und die Gesetzgebung jene Einrichtungen entbehrt, ohne deren Daseyn die Strafen nicht wirksam seyn können; 2) daß insbesondere die Strafen der geringeren Vergehen, z. B. die kurzzeitigen Gefängnißstrafen, keine Wirksamkeit haben; 3) daß die in den Gesetzbüchern aufgestellten Begriffe der einzelnen Verbrechen so unzweckmäßig weit gefaßt sind, daß die Richter genöthigt werden, Handlungen mit Strafe zu belegen, welche weder nach früherer Rechtsübung strafbar waren, wenigstens nicht als Verbrechen der bezeichneten Art angesehen wurden, noch nach der Volksmoral, noch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unter das in Frage stehende Strafgesetz gestellt werden sollten, z. B. bei Amtsbeleidigung, bei Raub, Erpressung. 4) Das Strafgebiet ist unverhältnißmäßig weit ausgedehnt, so daß Handlungen gestraft werden, deren

5) Wir bitten die neuesten Zergliederungen der Fälle des Complotts in dem Aufsatze von Leonhardt in v. Bothmer's Erörter. u. Abhandl. aus dem Hannover. Criminalr. II. Bd. S. 125—186. zu beachten, um sich zu überzeugen, zu welchen Härten man in der Rechtsanwendung kommt.

Strafbarkeit weder nach den Forderungen des Rechts, noch nach den allgemeinen Volksvorstellungen sich rechtfertigt, z. B. in Bezug auf politische Verbrechen, und in Ansehung der Arten der Theilnahme an Verbrechen überhaupt. 5) Die angedrohten Strafen oder die im Gesetzbuche aufgestellten Strafvorschriften über einzelne Arten von Verbrechen sind unverhältnißmäßig hart und nur Ausflüsse der Abschreckungstheorie, z. B. bei politischen Verbrechen, bei Wilddiebstahl. 6) Von den entstehenden Strafen ist ein mit dem Geiste des verheißenen Besserungssystems im Widerspruche stehender auf jeden Fall ein zu ausgedehnter Gebrauch gemacht. 7) Das in den Gesetzen gedrohte Minimum der Strafen ist häufig viel zu hoch, so daß ungerechte Strafurtheile gefällt werden müssen, deren Härte nur durch Begnadigung beseitigt werden muß. 8) Eine Reihe allgemeiner Regeln, durch welche der Gesetzgeber für einzelne ihm vorschwebende Fälle eine Norm zu geben sucht, werden wegen ihrer Allgemeinheit oder wegen der nur durch die vorschwebenden Fälle erzeugten Fassung nachtheilig in der Rechtsanwendung und leiten den Richter irre, z. B. die Sätze über den Einfluß des Irrthums in der Person oder der Sache. 9) In der Zusammenrechnung der Strafen ergiebt sich eine von dem Gesetzgeber selbst nicht vorhergesehene, die Gerechtigkeit verletzende Härte, insbesondere bei den zusammentreffenden Verbrechen und bei dem Zusammentreffen mehrerer Schärfungsgründe im Falle des Diebstahls.

Die Beweise unserer Behauptungen sollen in dem Verfolge unseres Aufsatzes geliefert werden; nur vorläufig sey es erlaubt, auf eine bedeutende Erfahrung aufmerksam zu machen, welche den obigen Behauptungen Nachdruck giebt. Es ist bekannt, daß das neue Badische Strafgesetzbuch vorzüglich strebte die Fehler zu vermeiden, die bei der Anwendung der anderen Gesetzbücher bemerkbar waren, und

daß insbesondere die Strafdrohungen milder als nach den meisten anderen Gesetzgebungen sind. Dies Gesetzbuch (verkündet 1845) ist zwar noch nicht in Wirksamkeit getreten; allein es gilt schon seit 1841 im Wesentlichen im Schweizerkantone Thurgau, indem der damalige Badische Entwurf dem Thurgauischen Gesetzbuche fast wörtlich zum Grunde gelegt wurde. Sammelt man nun die Stimmen der Praktiker in Thurgau, so wird zwar von ihnen wie von den Bürgern im Allgemeinen dem Gesetzbuche ein gutes Zeugniß gegeben; allein man klagt dennoch vielfach über die Unverständlichkeit einzelner Strafvorschriften (z. B. Art. 35. 36. des Thurgau. Gesetzb. vergl. mit Art. 98. 100. des Bad. Gesetzb.), über die zu weite Fassung einzelner Strafdrohungen, über die Schwierigkeit, Bestimmungen des allgemeinen Theils mit den Vorschriften über einzelne Verbrechen in Einklang zu bringen (vorzüglich §. 85. des Thurgau. Gesetzb. vergl. mit §. 170. des Badischen), über die Lücken des Gesetzes, insbesondere in Bezug auf die Gränze einzelner Verbrechen (z. B. bei Brandstiftung), über die Härte einzelner Strafdrohungen, insbesondere darüber, daß das Minimum zu hoch sey. Solche Klagen sind um so beachtungswürdiger, als schon bei der Berathung des Thurgauischen Gesetzbuchs viele Strafdrohungen, insbesondere die Minima des Badischen Entwurfs herabgesetzt, mehrere Artikel des zuletzt genannten Entwurfs nicht angenommen wurden und ohnehin die entschieden zu strengen Strafvorschriften des Badischen Gesetzbuchs über die Staatsverbrechen in dem Thurgauischen nicht Eingang fanden. Es verdienen die in jedem Jahre erscheinenden Rechenschaftsberichte des Obergerichts und der Justizcommission in Thurgau in dieser Beziehung ebenso Beachtung, wie die neue Sammlung Thurgauischer Rechtsfälle [6]), da in den ersten

6) Thurgauische Straffälle. Bearbeitet und herausgegeben von Widmer, Kantonsfürsprech. Zürich u. Frauenfeld 1846.

manche Anfragen der Gerichte und in der zweiten praktische Bemerkungen über die bei Gelegenheit vorgekommener Straffälle wahrgenommenen Gebrechen angeführt sind.

Wir halten es für Pflicht, vorerst einen Punkt zur Sprache zu bringen, für dessen Aufhellung die Wissenschaft noch lange nicht genug gethan hat, so daß die Vernachlässigung der richtigen Erkenntniß auch auf die Gesetzgebung verderblich wirkt. Wir meinen die richtige Würdigung der Natur des Strafgesetzes. Es gehört noch immer zu den vielfach verbreiteten Irrthümern, daß das Strafgesetz eine Instruction für die Richter ist, welche den Willen des Gesetzgebers befolgen müssen und keine weitere Freiheit in der Anwendung des Gesetzes haben, als ihnen der Gesetzgeber gelassen. Damit hängen die oft aufgestellten Grundsätze über Auslegung der Strafgesetze und über Stellung der Richter zum Gesetze, damit die frühere dem richterlichen Ermessen und Milderungsrechte feindliche Ansicht zusammen. Man gewöhnte sich, die Strafgesetze ebenso wie die Civilgesetze zu betrachten. Man vergaß, daß bei den letzteren der Gesetzgeber zwar ebenfalls an die Sitten und Ansichten des Volkes sich halten muß, daß aber die Mehrzahl der Civilgesetze nur gesetzliche Durchgriffe sind, bei welchen das Gesetz vorschreibt, was der Richter als Regel befolgen muß, wenn keine andere Verabredung unter den Vertragschließenden vorliegt. Das Gesetz stellt die Pflichten des Verkäufers oder die Rechte des Miethsmanns oder der Gesellschafter auf, aber nur für den Fall, daß die Parteien nicht andere Bestimmungen verabredet haben. Die Bürger können sich nicht beschweren, da, wenn ihnen die gesetzliche Regel nicht gefällt, sie nur nöthig haben, andere Punkte zu verabreden. Bei der Anwendung der Civilgesetze ist der Richter nun strenge an ihren Inhalt gebunden, weil in Civilsachen die Entscheidung in Verhältnissen vorkommt, in denen zwei Parteien sich einander gegenüber

stehen und die Bürger Rechte aus dem Gesetze erworben haben. Aus jeder Uebertreibung einer gesetzlichen Vorschrift erwirbt eine Partei Rechte, die ihr der Richter nicht entziehen kann. Wenn das Testament irgend eine zu seiner Gültigkeit nothwendige Förmlichkeit nicht enthält, so ist der letzte Wille ungültig, und der Intestaterbe erwirbt Rechte; eine Billigkeit, nach welcher sich der Richter über die gesetzliche Formvorschrift hinaussetzen würde, ist hier nicht am Platze, und die Ansicht, daß der Richter strenge an das Gesetz gebunden ist, wenn ihm die Anwendung desselben im einzelnen Falle noch so hart scheint, ist Pflicht. Ganz anders ist die Sache im Strafrechte. Hier steht nicht die bürgerliche Gesellschaft mit dem Rechte auf Anwendung der im Gesetze bestimmten Strafgröße dem Angeschuldigten gegenüber, sondern nur mit dem Rechte, daß der Schuldige die der Größe seiner Verschuldung entsprechende gerechte Strafe leide. Alle Vorstellungen von einem absoluten Gerechtigkeitsprincip, nach welchem jedem Verbrechen ein von der Vernunft gebotenes bestimmtes Strafmaaß entspricht und unerbittlich gerade das Strafmaaß angewendet werden muß, weil sonst die Gerechtigkeit verletzt würde, sind ebenso irrig als die durch die Abschreckungstheorie verbreiteten Ansichten von der nothwendigen Bestimmtheit der Strafgesetze und der möglichsten Ausschließung des richterlichen Ermessens. Das Strafgesetz entspricht nur dann den Forderungen der Gerechtigkeit und kann auf Wirksamkeit rechnen, wenn I. es der materiellen Gerechtigkeit, der richtigen Volksmoral und dem Volksbewußtseyn gemäß erlassen ist, und zwar 1) ebenso in Bezug darauf was mit Strafe zu bedrohen ist, als 2) bei Feststellung der Gränze zwischen dem Erlaubten und dem Strafwürdigen, 3) bei der Gränzbestimmung der einzelnen Verbrechen. II. Es muß darauf berechnet seyn, daß es von dem Richter in dem Sinne angewendet werde, daß er menschlich die ihm zur Beur-

theilung vorliegende Handlung würdigt, die Lage und Anschauungsweise des Angeschuldigten richtig auffaßt und darnach die Schuld beurtheilt. III. Es muß das Strafurtheil als ein Zeugniß der bürgerlichen Gesellschaft, daß sie die in Frage stehende Handlung als strafbar erkennt, betrachtet werden können.

Nur eine auf eine so beschaffene Strafgesetzgebung gebaute Strafanwendung darf auf Wirksamkeit rechnen, während da, wo jene Bedingungen fehlen, unvermeidlich ein Widerspruch zwischen der Strafjustiz und der Volksmoral und der öffentlichen Stimme entsteht, wobei der Bestrafte als ungerecht verurtheilt und als Märtyrer betrachtet, der Staat verabscheut, das Vertrauen zur Regierung und zur Justiz erschüttert wird und eine große Verschwörung der Bürger sich bildet, den Uebertreter dem Arme der strafenden Gerechtigkeit zu entziehen, die Richter auf verschiedene Mittel und Auswege sinnen, um auf gute Weise das Gesetz umgehen zu können, und zuletzt die herrschende Volksansicht an die Handhabung des Gesetzes nicht glaubt. —

Das Strafgesetz ist der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, das nach den Forderungen des Rechts und nach den Vorstellungen des Volkes als strafwürdig Erkannte zu bezeichnen, damit jeder Bürger weiß, was er unter Strafe zu thun oder zu vermeiden hat, und jeder Richter erfährt, welche Handlung oder Unterlassung er bestrafen darf. Der Gesetzgeber schließt sich bei der Erlassung seiner Strafgesetze an die Volksmoral und die verbreiteten Ansichten über das Strafwürdige an, ohne dabei auch den herrschenden Vorurtheilen des Volkes zu folgen. Wenn wir von der Volksmoral und Volksrechtsbewußtseyn sprechen, so denken wir dabei nicht an jene sogenannte öffentliche Meinung, welche nur ein Ausdruck vorübergehender Parteienansichten ist und in einer der Partei dienenden Presse sich ausspricht; daher

es höchst wichtig ist, daß die Regierung auch sorgfältig die wahre Volksansicht, die Ansicht der verständigen die Nothwendigkeit der Erhaltung der Ordnung, Sicherheit und Sitte erkennenden Bürger sammle und würdige. Wohl mag auch bei dem Volke, wenigstens bei manchen Ständen, ein Vorurtheil herrschen, das gewisse Handlungen als erlaubt ansieht, z. B. bei dem Zweikampf; wohl mag bei einem Volke durch die Gewohnheit und Mangel an Bildung eine gewisse rohe Ansicht, z. B. über Strafarten, und damit der Glaube an die Zweckmäßigkeit auf Abschreckung berechneter Strafen verbreitet seyn; solche Vorurtheile können den Gesetzgeber nicht hindern, seiner auf Erkenntniß der Forderung des Rechts und der wohlverstandenen Interessen der bürgerlichen Gesellschaft gebauten Ueberzeugung von der Strafwürdigkeit einer gewissen Handlung zu folgen und Strafe zu drohen, bei deren Maaß und Anwendung jedoch die Rücksicht auf die nun einmal herrschenden Volksansichten ihn leiten müssen. Unseren Strafgesetzgebungen fehlt jene Grundlage, durch welche allein es möglich wird, daß das Strafgesetz ein an die Volksmoral sich anschließendes und durch sie ergänztes wird, und auf diese Art die nöthige Wirksamkeit erhält. Vergleicht man die Art, wie in England Strafgesetze vorbereitet werden [7]), mit unsrer Redactionsarbeit, so begreift man leicht, wie sehr die Ersten den Vorzug der Volksmäßigkeit und Wirksamkeit haben. Während in England die niedergesetzte Commission durch Vernehmung einer großen Zahl von Zeugen, die in verschiedenen Lagen des Lebens Gelegenheit hatten, die Wirksamkeit des bisherigen Gesetzes oder einer Einrichtung kennen zu lernen, eine Fülle von Erfahrungen, die Ansichten des Volkes über die Mängel der Zustände, über

---

7) Wir werden von dem neuesten Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für England in dem nächsten Hefte Nachweisungen geben.

Vorschläge der Verbesserung sammelt [8]), während sie auf das sorgfältigste durch die Statistik Materialien sich verschafft, um Schlüsse daraus abzuleiten, und die bisherige Rechtsübung, die in das Volk überging, aber auch die Bemerkungen über die Mängel der Praxis genau herstellt, fehlen zum großen Theile überall bei uns solche Vorarbeiten. Zwar ist durch die Berathungen der Kammern in constitutionellen Staaten mehr die Aussicht begründet, daß die Strafgesetze dem Volksbewußtseyn entsprechend sind, allein man überschätzt, wenn man die Erfahrung zu Rathe zieht, leicht diesen Einfluß. Wir wollen nicht daran erinnern, daß in Frankreich unter der sogenannten chambre introuvable das Gesetz über sacrilège zu Stande kam, das als ein todtgebornes Kind nie zur Anwendung kam, weil es entschieden der Volksansicht widersprach; wir erinnern an die deutschen Erfahrungen, wie mager die Verhandlungen z. B. über Todesstrafe sind, wie wenig man die Zeugnisse der Erfahrung vorbringt, und häufig mehr über Streitfragen der Wissenschaft, oder über einzelne von einem Abgeordneten zur Sprache gebrachte Rechtsfälle, oder über die Richtigkeit einzelner in den Motiven oder in einer Rede vorgebrachten Gründe, oder über politische Rücksichten streitet. Wir wollen daran erinnern, daß nach dem Standpunkte der Parteien in Kammern gar oft jede rein strafrechtliche Frage zu einer Parteienfrage gemacht wird und die Mehrheit der Stimmen nach dem Einflusse einer Partei, welche die Oberhand in der Kammer hat, erfolgt. Wir bitten nicht zu vergessen, wie häufig ganze Strafgesetzbücher zuletzt nur mit der Mehrheit von einer oder zwei Stimmen angenommen wurden, und wie bei dem Widerstreite der zwei Kammern zuletzt oft die zweite Kammer, ermüdet durch die langen

8) Wir verweisen auf die in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung Bd. XX. No. VII. mitgetheilten Auszüge aus den englischen Commissionsberichten.

Berathungen oder aus Angst, daß am Ende das Gesetzbuch nicht zu Stande kommt, ihre Anfangs feurig vertheidigte Ueberzeugung aufgiebt und zuletzt mit schwerem Herzen die Abgeordneten einem Gesetzbuche zustimmen, das sie vielleicht in der Mehrzahl der Artikel nicht billigen.

Wir wiedrholen die Behauptung: daß ein Strafgesetz nur weise ist und auf Wirksamkeit rechnen kann, wenn der Gesetzgeber mit sorgfältiger Beachtung der Forderungen des Rechts und der Interessen der bürgerlichen Gesellschaft mit weiser Ausscheidung der Volksurtheile und vorübergehenden Parteienmeinungen seine Strafvorschriften an die Volksmoral und das lebendige Rechtsbewußtseyn des Volkes anschließt. Diese Rücksicht leitet ihn I. bei der Beantwortung der Frage: welche Handlungen er mit Strafe bedrohen soll? Diese Frage kann z. B. schwierig werden in Bezug auf die Bestrafung der Herabwürdigung der Religion (Gotteslästerung) und der Sodomie. Mag auch der Gesetzgeber manche Gründe haben, die letzte (z. B. nach dem Vorbilde des französischen Rechts) nicht mit Strafe zu bedrohen, wenn nicht die Handlung mit öffentlichem Aergerniß verübt wurde, so möchte es doch gewagt seyn, die Sodomie in dem Lande, in dem das bisherige Recht überhaupt die Handlung strafte und wo die entschiedene Volksmoral das Verbrechen als streng strafwürdig ansieht, straflos zu erklären [9]); die Volksmoral würde dadurch leicht irregeleitet, und in Fällen, in denen solche Handlungen verübt werden, der Volksunwille auf eine Selbsthülfe und große Nachtheile für den Thäter begründende Weise sich Luft machen. Mag es auch noch so schwierig seyn, die Gränze zwischen dem Erlaubten und dem Strafwürdigen bei

9) Es ist merkwürdig, daß in England bei der Revision der Strafgesetze noch 1827 für die Sodomie die Drohung der Todesstrafe beibehalten wurde. Die Volksansichten in England fordern entschieden die Bestrafung dieses Verbrechens.

der Gotteslästerung richtig im Gesetzbuche zu bestimmen, so darf dies doch nicht den Gesetzgeber abhalten, eine Strafvorschrift mit sorgfältiger Wahl der Ausdrücke im Gesetze zu erlassen, um durch die Lücke im Gesetzbuche nicht die Volksmoral zu verletzen. — Vorzüglich bedarf es der Beachtung der Volksansichten und der Folgerungen, welche aus der Anwendung von Strafvorschriften im Leben sich ergeben, bei Festsetzung des Umfangs des Strafgebiets. Die Nachtheile der Vernachlässigung dieser Rücksicht zeigt sich insbesondere bei Ausdehnung der Strafvorschriften auf Theilnahmshandlungen. Wir halten es z. B. für sehr unpassend, auch die bloße, nicht einmal von dem Andern angenommene Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens mit Strafe zu bedrohen. Die bisherige Rechtsübung dachte nicht daran, in solchen Fällen eine Bestrafung eintreten zu lassen, und der Gesetzgeber hat gewisse Gründe, den Fall unter die straflosen Vorbereitungshandlungen zu stellen [10], da die Bedrohung solcher Fälle, die in dem Leben in Augenblicken, in denen Jemand schnell aufgereizt ist, so oft vorkommen und doch spurlos die Aufforderung vorübergeht, weil der Aufgeforderte den Antrag mit Unwillen zurückweist und der Auffordernde selbst bei ruhigerer Ueberlegung nicht mehr an die Verübung des Verbrechens denkt, zur Anwendung von Strafen in Fällen führen würde, welche gewiß die Volksansicht in richtiger Würdigung der völligen Gefahrlosigkeit der Aeußerung nie billigte. —

Nicht genug kann aber in Bezug auf das Verhältniß des Richters zum Strafgesetze die Nothwendigkeit hervorgehoben werden, daß der Richter die Gesetze aus ihrer Grundquelle, der Volksmoral und dem Volksrechtsbewußtseyn auslege und in diesem Sinne anwende. Jeder Gesetz-

10) Gute Nachweisung von Flökher in von Bothmer's Erörter. u. Abh. aus dem Gebiete des Hannoverschen Criminalrechts. II. Bd. S. 113.

geber sucht seinen Willen in Worten auszudrücken. Unvermeidlich aber scheitert dieser Versuch an der Schwierigkeit der Wahl des richtigen Ausdrucks; das zu enge gewählte Wort schließt leicht gegen den Willen des Gesetzgebers Fälle aus, die unter dem Gesetze begriffen seyn sollten, und das zu weite, unbestimmte Wort nöthigt Fälle hereinzuziehen, auf die der Gesetzgeber sein Gesetz nicht ausdehnen wollte, z. B. bei der Fassung des Gesetzes über Anfangspunkt des Versuchs, wenn der Gesetzgeber von dem Anfang der Ausführung spricht; oder von der verächtlichen Behandlung bei Ehrenkränkung, oder von der Absicht sich Gewinn zu verschaffen bei Diebstahl. Es ist unrichtig, wenn man behauptet, daß diese Begriffe Rechtsbegriffe seyen; sie sind es zwar in sofern geworden, als der Gesetzgeber sie als Theile der gesetzlichen Vorschrift aufgenommen hat; allein sie gründen sich immer auf Vorstellungen, die schon im Volksbewußtseyn liegen mußten, und auf deren richtiges Verstehen durch das Volk nach seiner Kenntniß der Lebensverhältnisse und des Sprachgebrauchs der Gesetzgeber rechnet, weil ja sonst das Volk über das, was es bei Strafe vermeiden oder thun muß, nicht belehrt seyn würde. Um zu erkennen, ob der Thäter schon einen Anfang der Ausführung gemacht hat, ob er mit diebischer Absicht handelte, ob er die Ehrfurcht gegen den Regenten verletzte, bedarf es keiner Rechtsbegriffe; keine Schule lehrt die richtige Würdigung.

Nicht weniger wird diese Auffassung nach dem Volksrechtsbewußtseyn wichtig bei der Feststellung der Gränzen des Erlaubten und des Strafwürdigen, z. B. bei Bestimmung der Gränze der Nothzucht und anderer zwar unziemlicher aber nicht als Nothzucht strafbarer Angriffe. Das franzöſ. Gesetzbuch verzichtet auf die nähere Bezeichnung und spricht nur von viol, indem es darauf rechnet, daß nach dem Volksbegriffe im einzelnen Falle wohl bestimmt werden wird, was dahin gehört. Unsere deutschen Gesetzbücher suchen mög-

lichst klar das Wesen der Nothzucht zu bezeichnen, aber noch keinem ist es gelungen; denn schwerlich wird das Volk jede Anwendung von Kräften, wodurch der Thäter den nur des guten Scheins wegen versuchten Widerstand einer Person zu überwinden sucht, den er nach dem vorausgegangenen Betragen der Person, oder nach seinen bisherigen Verhältnissen zu ihr, für ernstlich nicht halten konnte, als Nothzucht betrachten[11]). Das die Lebensverhältnisse würdigende Volk wird auch den Stand der Personen in Betrachtung ziehen und Nothzucht nur da annehmen, wo eine Gewalt auch ernstlich da angewendet ist, wo der Thäter an der Ernstlichkeit des Widerstandes der Person nicht zweifeln konnte. Die richtige Beurtheilung aber, um zu erkennen, wo dies Merkmal eintrat, lernt sich nicht auf Universitäten und geschieht nicht nach Rechtsbegriffen. — Jeder Jurist weiß ferner, wie schwierig die Bestimmung der Gränze zwischen Widersetzung gegen die Obrigkeit und dem einfachen Ungehorsam ist[12]); auch hiezu leitet am besten die Auffassung der Lebensverhältnisse, nach welchen da, wo Jemand, um die an ihm zu vollziehende Verhaftung zu hindern, sich nakt auszieht oder starr hinlegt, oder um die Pfändung zu hindern den Strick, an dem die Ziege gezogen wird, durchschneidet, von einem thätlichen Widerstand durch Gewalt, Androhung oder Anwendung gegen die obrigkeitliche Person der einfache Bürger nicht sprechen wird. Wenn bei dem Diebstahle die Frage entsteht[13]), ob auch der Knecht, welcher seinem Dienstherrn Hafer wegnimmt, um damit das Pferd des Herrn besser zu füttern, als es mit dem karg zugemessenen Hafer geschehen könnte, Diebstahl

11) Leue, das deutsche Schöffengericht S. 85.

12) Nachweisungen in meiner Note VII. zu §. 200. der Bearbeitung von Feuerbach's Lehrbuch XIV. Auflage.

13) S. darüber Ausführung von Bothmer in seinen Erörter. u. Abhandlungen. II S. 291.

verübt? so bemerkt man aus der Vergleichung der Entscheidungsgründe der Urtheile verschiedener Gerichtshöfe[14]), wie sie sich abmühen müssen, um die durch den gesunden praktischen Verstand der Richter abgenöthigte verneinende Entscheidung zu rechtfertigen und mit den Ausdrücken ihrer Landesgesetzbücher in Verbindung zu bringen, während der Geschworne, wenn er über die Schuld des Thäters zu entscheiden hat, schnell den Ausspruch des Nichtschuldig darauf gründen wird, daß die Handlung des Knechts nur in einer in Dienstverhältnissen vielfach vorkommenden verbotswidrigen Verfügung zum Besten des Eigenthümers, nicht aber in einer eigennützigen Aneignung der Sache besteht[15]).

Ein ähnliches Anschließen an das Volksrechtsbewußtseyn bei Erlassung wie bei Anwendung der Strafgesetze wird nothwendig bei Bestimmung der Gränze zwischen einzelnen Verbrechen. Wieviel Streitigkeiten entstehen in der Rechtsübung bei der Frage: ob Brandstiftung oder einfache Beschädigung[16]), ob Unterschlagung oder Diebstahl[17]), ob Widersetzung oder Aufruhr[18]) vorliegen?

Für die Rechtsanwendung ergiebt sich aus unseren bisherigen Betrachtungen die Nothwendigkeit, daß der Richter bei Auslegung der Strafgesetze an die Quelle, aus

14) Auf gleiche Weise erkannten die Gerichte in Baiern, in Hannover, in Sachsen, daß kein Diebstahl in dem Falle vorliege; s. Nachweisungen in meiner Note V. zu §. 319. der Bearbeitung von Feuerbach.

15) Das neue Hannoversche Polizei-Strafgesetzb. v. 25. Mai 1847 hat in §. 299. unter der Rubrik: Vergehen bei Ausübung einer Wissenschaft, Kunst, Gewerbs oder Handels, für diesen Fall, wo der Knecht unerlaubt Futter der Herrschaft für ihr Vieh verfüttert, Gefängniß bis 4 Wochen gedroht.

16) Meine Schrift: die Strafgesetzgebung 1. Th. S. 165.

17) z. B. in dem Falle, wo der Miethsmann, in dessen Zimmer Bilder sich befinden, die dem Vermiether gehören, sie wegnimmt und rechtswidrig verkauft; s. meinen §. 315 a. zu Feuerbachs Lehrbuch.

18) Meine Note IX. zu §. 201. des angef. Lehrbuchs.

der der Gesetzgeber schöpfte, an das Volksrechtsbewußtseyn sich halte, und so die Freiheit haben muß, da, wo auch der allgemein gefaßte Ausdruck des Gesetzes eine Handlung als strafbar zu erklären scheint, die Straflosigkeit auszusprechen, wenn dies durch die Beurtheilung der Handlung nach dem Volksbewußtseyn und den dem Gesetzgeber vorschwebenden Verhältnissen des Lebens sich rechtfertigt. — Unsere zweite obige Behauptung: daß jede Handlung, welche Gegenstand einer Strafuntersuchung ist, menschlich und nach der Individualität des Angeschuldigten von dem Richter beurtheilt werden müsse, wird vorzüglich da von Wichtigkeit, wo es darauf ankommt, über die Zurechnung einer Handlung und den Seelenzustand des Angeschuldigten zu urtheilen. Es ergiebt sich immer mehr die Ueberzeugung, daß die Versuche unsrer Strafgesetzbücher, die Aufhebungsgründe der Zurechnung vollständig aufzuzählen und die Bedingungen ihrer Zulässigkeit gesetzlich aufzustellen, an der unendlichen Vielgestaltigkeit der Fälle und der Combinationen der Seelenzustände scheitern. Der Verfasser dieses Aufsatzes hatte sich einst eingebildet, alle Seelenstörungen auf eine genaue und erschöpfende Weise bezeichnen zu können; er sieht jetzt die Nichtigkeit und Schädlichkeit eines solchen Beginnens ein. Es ist unmöglich, alle Formen dieser Störungen im Gesetze zu bezeichnen; die Formen fließen in dem nämlichen Falle in einander; eine Krankheit geht bei gewissen Stadien in eine andere über. Es giebt Seelenzustände, in denen bei dem Zusammentreffen vieler auf das Gemüth des Handelnden einstürmenden Umstände nach der Eigenthümlichkeit der Person gerechter Weise eine Zurechnung nicht angenommen werden kann, aber der Gesetzgeber kann auf eine genügende Art diesen Seelenzustand mit einem technischen Ausdrucke nicht bezeichnen; hier zeigt sich dann die Gefahr für den Richter, welcher, gebunden an sein Gesetzbuch, das nur gewisse Aufhebungsgründe der Zurechnung

aufstellt, in einem Falle verurtheilen muß, wo er, wenn die Handlung menschlich nach der Anschauungsweise des Angeklagten beurtheilt wird, wenn sich der Richter in die Lage des Handelnden versetzt, erkennen muß, daß nach der Individualität des Angeklagten für ihn gewisse Verhältnisse einen Zwang oder eine Verwirrung herbeiführten, in welcher ihm nicht zugerechnet werden kann. Wenn die neuen Gesetzbücher bei der Ueberschreitung der Nothwehr sie als straflos erklären [19]), wenn der Angegriffene unter der Einwirkung von Ueberraschung oder Furcht im Zustande gestörter Besonnenheit das Maaß erlaubter Vertheidigung überschritt, so kann der Fall nur richtig gewürdigt werden, wenn der Richter die geistige, moralische und physische Eigenthümlichkeit des Angeklagten würdigt.

Vorzüglich zeigt sich diese Nothwendigkeit bei der Abwägung der sogenannten Strafzumessungsgründe. Es geht mit der gesetzlichen Aufzählung solcher Gründe wie mit der gesetzlichen Beweistheorie. Man hoffte lange, daß es möglich sey, im Gesetze die Bedingungen der Beweise und gewisse Schranken für den Richter aufzustellen; die neuesten Forschungen haben die Vergeblichkeit und den Nachtheil dieser Aufzählung gezeigt; das nämliche Schicksal haben die gesetzlich aufgestellten Strafminderungs- und Erhöhungsgründe [20]). Wir fragen alle Richter, ob sie nach diesen aufgezählten Gründen die Schuld einer Person bemessen, ob sie ein Rechnungsexempel lösen, indem sie die Gründe für und wider zählen, ob sie nicht gestehen müssen, daß das Gewicht eines einzigen mindernden Grundes oft so stark ist, daß dagegen 6 scheinbar erhöhende Gründe verschwinden, daß zuletzt es nur die Individualität des Handelnden ist, deren ge-

19) Z. B. das Badsche §. 91.

20) Baumeister hat in seiner Schrift: Bemerkungen zur Strafgesetzgebung. Leipzig 1847. S. 59 ff. sehr gute Bemerkungen über die Zumessungsgründe geliefert.

naue menschliche Erwägung zuletzt den Totaleindruck von einem gewissen Zustande der Schuld hervorbringt. Eine Hauptkraft erhält endlich das Strafgesetz, wenn die Anwendung so geschieht, daß in dem Strafurtheil zugleich ein Zeugniß der bürgerlichen Gesellschaft über die Strafwürdigkeit der einzelnen That liegt. Es giebt viele Verbrechen, bei welchen die Strafwürdigkeit derselben nur von den besondern Umständen abhängt, die nach der Anschauungsweise des Volkes das Unrecht begründen. Dies ist z. B. der Fall bei den ernsten politischen Verbrechen, wo z. B. bei der Verschwörung zum Umsturz der bestehenden Ordnung die vorhandene Gefährlichkeit der Handlung Hauptrücksicht ist. Wenn nun z. B. über eine Verschwörung von 12 jungen Leuten zu urtheilen ist, von denen keiner 17 Jahre alt war, die durch das Lesen politischer Schriften aufgereizt in ihren Versammlungen, in der Einbildung daß das ganze Volk sogleich ihrem Aufrufe folgen würde, beschlossen, die Republik auszurufen; so werden, wenn auch nach dem Buchstaben des Gesetzes Verschwörung vorhanden ist, die den Lebensverhältnissen und der Individualität der Angeklagten würdigenden Geschwornen wahrscheinlich das Nichtschuldig aussprechen, weil die vorliegende Handlung in keiner Beziehung als eine gefährliche erscheint. Ihr Urtheil ist ein Zeugniß der bürgerlichen Gesellschaft darüber, daß durch die Handlung die Interessen des Staats nie gefährdet sind. Wenn das Strafgesetz denjenigen mit Strafe bedroht, welcher durch Reden oder Schriften Thatsachen auf eine Weise entstellt, daß sie dadurch Haß oder Verachtung der Regierung zu erregen geeignet werden[21]), oder denjenigen straft, der durch frechen unehrerbietigen Tadel der Gesetze Mißvergnügen und Unzufriedenheit der Bürger gegen die Regie-

21) So drückt es das Badische Gesetzbuch Art. 631. aus.

rung veranlaßt[22]), so ist es die bürgerliche Gesellschaft, die zu urtheilen hat, ob durch eine gewisse Handlung unter den besondern Umständen nur eine Unzufriedenheit entstehen konnte, ob nicht vielmehr das Ganze das Gepräge der lächerlichsten, spurlos vorübergehenden Uebertreibung an sich trägt. Wenn die Gesetze bei der Herabwürdigung der Religion die Strafe davon abhängig machen, daß öffentliches Aergerniß aus der Aeußerung entstand, so bedarf es hier wieder der Beachtung der besondern Umstände des Falles, der Individualität des Aeußernden und der Zuhörer, um über jenes Merkmal entscheiden zu können. Bei den Ehrenkränkungen weist ja das Gesetz[23]) darauf, ob die Rede oder Handlung nach herrschender Sitte, Volks- oder Staatsmeinung als Beschimpfung gilt: ob dies aber der Fall ist, kann nur von denjenigen beurtheilt werden, welche die Volksansichten über das, was man an dem Orte und unter gewissen Umständen für beschimpfend ansieht, kennen. Ihr Urtheil ist dann zugleich ein Zeugniß über das Unrecht. Wenn z. B. neuerlich die Frage entstand: ob in der Aeußerung, daß A. Ohrfeigen von einem Andern erhalten und sie ruhig hingenommen habe, eine Ehrenkränkung des A. liege[24]), so hängt die Beurtheilung davon ab, ob man nach den Vorstellungen des Volkes in dieser Aeußerung den Vorwurf eines feigen und nach allgemeiner Meinung unwürdigen Betragens finden kann. Aus den obigen Rücksichten bedarf es auch bei der Beurtheilung der Majestätsbeleidigung eines auf die Erwägung der Individualität und auf Beachtung der An-

---

22) Eine solche Vorschrift enthält Art. 151. des Preuß. Landrechts.

23) Z. B. das Badische Gesetzbuch Art. 291.

24) Erörterungen darüber in dem neuen Werke über Injurien von Grellet-Dumazeau Traité de la diffamation de l'injure, Paris 1847, Vol. I. p. 67.

sichten der bürgerlichen Gesellschaft gebauten Zeugnisses, ob eine Aeußerung oder Unterlassung nach den allgemeinen Vorstellungen aller Verständigen und Wohlgesinnten als Verletzung der dem Regenten schuldigen Ehrfurcht zu betrachten ist. Der Richter muß in allen diesen Fällen bei seiner Beurtheilung prüfen, ob die in Frage stehende Handlung nach dem Zeugnisse der bürgerlichen Gesellschaft als strafbar erscheint; sein Strafurtheil darf nur dann auf Wirksamkeit rechnen, wenn es als ein solches Zeugniß erscheint. Wir werden nachweisen, daß eben die bisherigen Betrachtungen darauf führen, daß bei der Anwendung der Strafgesetze und dem Urtheile über die Schuld Geschworne tauglicher sind, als angestellte Richter, ohne daß dadurch das Urtheil ausgesprochen werden soll, daß die Richter überhaupt weniger Vertrauen verdienen.

(Fortsetzung im nächsten Stücke.)

XX.

Ueber die Untersuchung und Entscheidung gegen jugendliche Uebertreter.

Von

Mittermaier.

Bei der in jedem Lande sich mehrenden Zahl jugendlicher Uebertreter erhält die Frage: welche Behandlung solcher Personen am zweckmäßigsten ist? eine besondere Bedeutung. Auch hier hat England in neuester Zeit die wichtigsten Forschungen veranstaltet; die im J. 1847 niedergesetzte Commission, um die Erfahrungen über die Wirksamkeit der bisherigen Strafarten zu erforschen, hat diesem Gegenstande vorzüglich ihre Aufmerksamkeit gewidmet. Es ergiebt sich aus den Antworten der Sachverständigen, daß das Uebel tiefer liegt, als man gewöhnlich glaubt. Wir werden an einem andern Orte, (in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung) ausführlicher die Zeugnisse und Erfahrungen mittheilen; hier sei es erlaubt, vorerst auf einige Punkte aufmerksam zu machen und das neueste englische Gesetz vom 22 Juli 1847 mitzutheilen. Der Commissionsbericht (second report p. 2.) erklärt, daß es vorzüglich nothwendig sey, die jugendlichen Sträflinge schon einer andern Art der Untersuchung und Aburtheilung, als sie gegen andere Verbrecher eintritt, zu unterwerfen. Es ergiebt

sich als höchst nachtheilig, wenn jugendliche Sträflinge einer langen Voruntersuchung und Verhaftung ausgesetzt werden, wo unvermeidlich Berührungen mit andern Verbrechern veranlaßt werden; selbst die gewöhnliche Art von Procedur, wo vor den Geschwornen die angeklagten jugendlichen Sträflinge erscheinen und von Geschwornen abgeurtheilt werden, scheinen den Zeugen nachtheilig. Der Eindruck, den diese Verhandlungen auf das Gemüth des jugendlichen Sträflings machen, ist nach der Ansicht der Zeugen nachtheilig; der jugendliche Uebertreter, der den Augen des Publikums Preis gegeben ist, wird leicht noch schamloser; und wenn er freigesprochen wird, so wird er dadurch, daß er sah, daß er so gut durchkam, noch leichter zur Verübung neuer Verbrechen aufgereizt. Die Beurtheilung der von jugendlichen Personen verübten Uebertretungen fordert, wie die Commission bemerkt, eine eigenthümliche Vorsicht, da die Frage über die Zurechnungsfähigkeit nicht leicht ist; ohnehin sey es schwierig, eine gesetzliche Gränze des Alters festzusetzen, wo die Zurechnungsfähigkeit beginnen soll. Auch die gegen den Schuldigen anzuwendenden Mittel müßten von denen verschieden seyn, die man gegen erwachsene Verbrecher anwendet; es bedürfte eigener Anstalten, in welchen Strafe und Besserung, Erziehung und eigenthümliche darauf berechnete Behandlung des jungen Menschen angewendet würden, auf ähnliche Weise, wie solche Anstalten in Parkhurst errichtet sind. Die Commission schlägt vor, daß man den Friedensrichtern und Polizeimagistraten die Befugniß gebe, über die Verbrechen jugendlicher Uebertreter summarisch zu urtheilen (nach der englischen Rechtssprache ohne Beiziehung von Geschwornen), und daß, wenn man Geschworne urtheilen lassen wollte, das Gericht nur aus 3 oder 4 Geschwornen bestehen sollte. Vorzüglich hielt die Commission es für zweckmäßig, besonders wenn den Richtern die Befugniß eingeräumt wird, wegen leichter Vergehen

die jugendlichen Uebertreter selbst ohne Strafe zu entlassen, wenn die Eltern oder Meister für gutes Betragen des Uebertreters Sicherheit leisten. Das englische Gesetz vom 22. Juli 1847 ist nun auf diese Vorschläge gebaut, und verordnet, in Erwägung daß eine schnellere Aburtheilung jugendlicher Uebertreter nothwendig ist und die Uebel der oft langen Untersuchungshaft beseitigt werden müssen, daß jeder noch nicht 14 Jahr alte Uebertreter, der vor zwei oder mehr Richtern gesteht oder überwiesen wird, einfachen Diebstahl oder ein mit Strafe des Diebstahls bedrohtes Vergehen verübt zu haben, von diesen Richtern zu Gefängniß bis 3 Monaten mit oder ohne harte Arbeit, oder Geldstrafe bis 3 Pfund, oder gar körperlicher Züchtigung verurtheilt werden soll; daß auch diesen Richtern die Befugniß zu ertheilen ist, daß sie, wenn sie es für zweckmäßig halten, daß der Uebertreter nicht gestraft werde, den Angeschuldigten ohne Strafe entlassen, sobald gehörige Sicherheit wegen künftigen guten Betragens geleistet wird. Das Gesetz enthält noch mehrere, nur auf englische Verhältnisse sich beziehende Vorschriften über das Verfahren.

Halle, Gebauersche Buchdruckerei.

Archiv
des
Criminalrechts.

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

F. C. Th. Hepp
in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

A. W. Heffter
in Berlin,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Beilage-Heft zu 1847.

Enthaltend das Register zum Neuen Archiv Bd. XIII. XIV. und zum Archiv, Neue Folge Jahrgang 1834 bis 1845.

Halle,
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1847.

Register

zum

Archive des Criminalrechts.

(Band XIII u. XIV. und Jahrgang 1834—1845 incl.)

Die erste Zahl bezeichnet den Band resp. Jahrgang, die zweite die Seite desselben.

I. Sachregister.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

J.

M.

N.

O.

P.

R.

T.

U.

Z.

II. Namenregister.

A.

B.

C.

J.

K.

M.

P.

S.

T.

W.

Z.

III. Register

der in diesem Archive recensirten Schriften, nebst vollständiger Angabe ihrer Titel.

A.

B.

C.

F.

G.

H.

J.

K.

L.

M.

N.

O.

P.

R.

S.

T.

U.

Ungenannte Verfasser.

Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen. Leipzig 1836. — 1837, 151.
Tenth annual report of the board of managers of the prison discipline society. Boston 1836. — 1838, 138.
Die Tyroler Malefizordnung von 1499 wirklich Quelle der Bambergensis und Carolina. (Besonderer Abdruck eines Aufsatzes in den Bayerischen Annalen No. 137—152.) 1836, 312.
Ueber den Begriff des Verbrechens aus dem Standpunkte des Strafgesetzgebers, und über das Verhältniß des Begnadigungsrechtes zur Strafgewalt. Leipzig 1837. — 1837, 151.
Seventh annual report of the inspectors of the Eastern state penitentiary of Pensylvania. Philadelphia 1836. — 1838, 138.
Letters on the comparative merits of the Pensylvania and New-York. Systems of penitentiary discipline by a Massachussets man. Boston 1836. — 1838, 138.
First, second, third, fourth, fifth report from the select committee of the house of lords appointed to inquire into the present state of the several gaols and houses of correction in England and Wales, with the minutes of evidence. 1835. — 1838, 139.
Reports of the inspectors appointed under the provisions of the Act. V. VI. William IV. c. 38. to visit the different prisons ef Great-Britain. 1836. — 1838, 139.
Reflexions sur l'action morale du système pénitentiaire. Genève 1837. — 1838, 139.
Moniteur industriel. Paris 1838. No. 155. 157. 163. 165. 169. — 1838, 302.
Maison pénitentiaire du Canton de Vaud, notice lue à la société Vaudoise de l'utilité, publique 24. Sept. 1836. — 1838, 139.
Twelfth annual report of the board of managers of the prison discipline society Boston. Boston 1837. — 1838, 302.
Report of the superintending Committee of the general Penitentiary Milbank vom 9. March. 1838. — 1838, 302.
Programme pour la construction d'une prison centrale à Alexandrie. Turin 1. May 1839. — 1840, 465.
Loi sur l'administration des prisons de Genève, 28. Février 1840. — 1840, 466.
Second report of the inspectors to visit the different prisons of Great-Britain. London 1837. — 1840, 464.
Third report of the inspectors. London 1839. — 1840, 464.
Fourth report of the inspectors. London 1839. eod.
Tenth annual report of the inspectors of the eastern state penitentiary of Pensylvania. Philadelphia 1839. eod.
Thirteenth annual report of the board of managers of the prison discipline society Boston. Boston 1838. eod.
Opinions exprimées par les conseils généraux des départements dans sur session de 1838 sur la reforme ou regime des prisons. Paris 1838. eod.
Rapports sur les prisons du Midi de l'Allemagne et sur les *prisons de l'Italie*. Paris 1839. — 1840, 464.

V.

W.

Z.

Halle,
Gebauersche Buchdruckerei.



